Die Heilung des nichtigen Grundstücks-veräußerungsvertrages

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

ROBERT STEINFELD
aus Berlin

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Leipzig
Otto Wigand'sche Buchdruckerei G. m. b. H.
1914

Meinen Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546806_0071

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 11

Kapitel I.

Die Heilung der Nichtigkeit.

§ 2. Begriff und Wesen des Rechtsgeschäfts 13
§ 3. Die Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte 21

Kapitel II.

Der formlose Grundstücksveräußerungsvertrag.

§ 4. Die rechtliche Natur des formlosen Veräußerungsvertrages 37
§ 5. Das Wesen der Heilung 44
§ 6. Erfordernisse der Heilung 53
§ 7. Zeitpunkt der Heilung 60
§ 8. Gegenstand der Heilung 71
§ 9. § 98 GBO. 76

Literaturverzeichnis.

(Gleichzeitig Verzeichnis der Abkürzungen.)

Baer, Die Auflassung auf Grund eines formlosen Kaufvertrags. Diss. Erlangen 1907.

Bernhoeft, Das bürgerliche Recht, in Birkmeyers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. 2. Aufl. 1904.

Bett, Formfragen bei Grundstücksveräußerungen. Diss. Jena 1911.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 5. Aufl. Jena 1909.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1. Bd. 1900. 2. Bd. 1902.

Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. 2. Aufl. 1906.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1896. Guttentag. (Zit.: D.)

Dernburg, Bürgerliches Recht. 4. Aufl. 1908—1909.

Ebbecke, Formvorschriften, in Das Recht. 1911.

Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1903.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 8. Aufl. 1903.

Enneccerus-Lehmann, Das Bürgerliche Recht. 1901. 2. Aufl.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 4. bis 5. Aufl. 1909—1910.

Engelbrecht, Die Bestätigung nichtiger und anfechtbarer Rechtsgeschäfte. Diss. Erlangen 1907.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes und der Reichsanwaltschaft. (Zit.: RG.)

Figge, Der Begriff der Unwirksamkeit im Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Rostock 1902.

Grabow, Die Tragweite des § 313 Satz 2 BGB. Diss. Greifswald 1909.

Gradenwitz, Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte. Berlin 1887.

Gradenwitz, Wortverzeichnis zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1902.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

Gutbrod, Der obligatorische Grundstücksveräußerungsvertrag. Diss. Tübingen 1904.

Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Vorträge. 2. Aufl. 1900.

Hellmann, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch. Freiburg i. Br. 1897.

Hölder, Kommentar zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1900.

Hummel, Die Konvaleszenz und Evaneszenz der Rechtsgeschäfte. Diss. Leipzig 1903.

Jacobi, Die fehlerhaften Rechtsgeschäfte, im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 86, 1896, S. 51.

Juristische Wochenschrift, Herausgegeben vom Deutschen Anwaltsverein. (Zit.: J. W.)

Kracht, Über die Tragweite des § 313 BGB. Diss. Rostock 1902.

Lemke, Unwirksamkeit. Diss. Leipzig 1908.

Leonhard, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1900.

Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 5. Aufl. 1910.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Amtliche Ausgabe 1888. (Zit.: Mot.)

Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1899.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches. 6. Aufl. 1912.

Neumann, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts. 1910. Bd. 1.

Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht. 3. Aufl. 1904.

Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch, 1. Buch 2. Aufl. von Gareis. 1908, 2. Buch 3.—4. Aufl. 1910.

Pfeiffer, Die Konvaleszenz unwirksamer Rechtsgeschäfte nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Erlangen 1909.

Planck, Komentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1. 4. Aufl. bearbeitet von Flad, Knoke, Strecker. 1913 (zit.: Planck-Flad-Knoke-Strecker). Bd. 2. 4. Aufl. soweit erschienen bearbeitet von Siber. 1914 (Zit.: Planck-Siber). Bd. 3. 3. Aufl. 1906 (Zit.: Planck Bd. 3).

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches. 1899. (Zit.: Prot.)

Recht, Das, Rundschau für den deutschen Juristenstand. Herausgegeben von Soergel. (Zit.: Recht)

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann. (Zit.: Rechtspr.)

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. 1903.

Reichel, Zur Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte, im Archiv für die zivilistische Praxis. 1909, Bd. 104 S. 1.

Rutenbeck, Der Gegensatz der sogenannten Konversion zur Bestätigung, Diss. Erlangen 1907.

Schachian, Die relative Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte. Diss. Berlin 1910.

Schlossmann, Zur Lehre vom Zwang. 1874.

Schollmeyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1900.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte. (Zit.: Seuff. A.)

Siber, Das Buchrechtsgeschäft. 1909.

Siber, Rechtszwang in Schuldverhältnissen. 1903.

Siber s. Planck.

Staub, Das Problem des § 313 Satz 2 BGB. Breslau 1913

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 7.—8. Aufl. 1912.

Strohal, Über relative Unwirksamkeit. Wien 1911.

Tochtermann, Der § 313 BGB. Diss. Rostock 1902.

Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht. 3. Aufl. 1906.

Verhandlungen der Deutschen Juristentage. (Zit.: Verhandlungen d. D. J. T.)

Voigt, Die Bedeutung des gesetzlichen Formzwanges für den obligatorischen Immobiliarveräußerungsvertrag. Diss. Erlangen 1908.

Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. 1906.

Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft. Leipzig 1879. (Zit.: Zitelmann.)

Zitelmann, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1. Allgemeiner Teil. 1900. (Zit.: Zitelmann, Allgem. Teil.)

§ 1.

Einleitung.

Mangelt einem Vertrage, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen, die gesetzlich vorgeschriebene Form, so ist er nichtig. Erfolgt die Übertragung des Grundeigentums, so wird er gültig. In dieser Weise ließe sich nach dem Wortlaut des § 313 BGB. sein Inhalt wiedergeben.

Fritz Staub gibt in seiner 1913 erschienenen Arbeit „Das Problem des § 313 Satz 2 BGB." eine völlig andere Auslegung des § 313. Beim Mangel der Form sei der Grundstücksveräußerungsvertrag nicht nichtig, sondern gültig, aber unwirksam. Diese Ansicht ist neuartig, aber sie hat eine lange Entstehungsgeschichte.

Ihr Ausgangspunkt ist die Tatsache, daß die Definition und infolgedessen auch die Unterscheidung der Begriffe Nichtigkeit und Unwirksamkeit, wie sie im BGB. verwendet werden, Schwierigkeiten macht, da die Entwickelung dieser Begriffe im gemeinen Recht nicht zum Abschluß gelangt ist[1]) und diese daher aus dem Gesetzbuche selbst, also lediglich aus Rechtssätzen, zu entwickeln sind. Hölder[2]), Dernburg[3]) und Ennec-

1) Strohal S. 1; Figge S. 10; Lemke S. 8; Rutenbeck S. 10.
2) Hölder S. 240.
3) Dernburg 1902, Bd. I S. 350.

cerus[1]) brachten in ihren Lehrbüchern als Charakteristikum der Nichtigkeit, daß sie unheilbar sei, Enneccerus wollte außerdem die unwirksamen Rechtsgeschäfte, bei denen die Unwirksamkeit unheilbar ist, ebenfalls als nichtige Geschäfte angesprochen wissen[2]). Hummel[3]) stempelte, hierauf fußend, die Unheilbarkeit zum Kriterium für die Unterscheidung von Nichtigkeit und Unwirksamkeit und suchte für den § 313 BGB. den Beweis zu erbringen, daß hier keine Heilung vorliegen könne, da der Grundstücksveräußerungsvertrag bei mangelnder Form nichtig ist, und Nichtigkeit und Heilung unvereinbare Begriffe seien; dieselbe Ansicht vertrat dann Pfeiffer[4]). Auch Staub[5]) hält die Nichtigkeit für unheilbar, die Konsequenzen, welche er daraus für § 313 BGB. zieht, sind aber andere: der formlose Grundstücksveräußerungsvertrag sei nicht nichtig und deshalb unheilbar, wie Hummel und Pfeiffer annehmen, sondern er sei unwirksam und heilbar.

Die Aufgabe dieser Arbeit soll es sein, zu untersuchen, ob nicht § 313 Satz 2 BGB. doch seinem Wortlaut gemäß die Heilung der Nichtigkeit des formlosen Grundstücksvertrages zum Inhalt hat.

1) Enneccerus-Lehmann Bd. I S. 281.

2) Enneccerus-Lehmann Bd. I, 1 S. 270, Note 1; Enneccerus-Wolff-Kipp Bd. I, 1 S. 341; ebenso Staudinger Bd. I S. 395.

3) Hummel S. 34 ff.

4) Pfeiffer S. 21 ff.

5) Staub S. 15, 22/3.

Kapitel I.

Die Heilung der Nichtigkeit.

§ 2.

Begriff und Wesen des Rechtsgeschäfts.

Den Begriff der Nichtigkeit und den der Unwirksamkeit, zweier Arten der Fehlerhaftigkeit der Rechtsgeschäfte, streng voneinander zu scheiden, war ein eifriges Bemühen bei Abfassung des Bürgerlichen Gesetzbuches[1]). Man mag über die Notwendigkeit und Wichtigkeit dieser Unterscheidung streiten, die Tatsache, daß im Gesetzestext ein Unterschied zwischen Nichtigkeit und Unwirksamkeit besteht, ist unverkennbar. Um ihn in seinen Ursachen und Folgen verstehen zu können, ist es notwendig, über Begriff und Wesen des Rechtsgeschäftes selbst im klaren zu sein; denn der Unterschied zwischen Nichtigkeit und Unwirksamkeit erscheint nicht dadurch gerechtfertigt, daß lediglich die praktische Ausgestaltung fehlerhafter Rechtsgeschäfte bei jeder

1) Dies Bemühen läßt z. B. die Entstehungsgeschichte des § 111 erkennen: „Ein einseitiges Rechtsgeschäft, das der Minderjährige ohne die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters vornimmt, ist unwirksam.“ Das Wort unwirksam ist in diesem Satze erst seit dem 2. Entwurf — dort § 85 — enthalten, im 1. Entwurf § 65, III, 2 stand an seiner Stelle „nichtig“.

der beiden Arten eine andere wäre, sondern er muß tiefer liegen, er ist im Wesen des Rechtsgeschäftes begründet. Daher ist der Begriff des Rechtsgeschäftes maßgebend für den der Fehlerhaftigkeit desselben und steht zur Scheidung der Fehlerhaftigkeit in verschiedene Gattungen in den engsten Beziehungen [1]), er ist der Ausgangspunkt für alle diesbezüglichen Fragen.

Das Gesetz enthält die Redewendung: „Ein Rechtsgeschäft ist nichtig [2])“ und spricht von „nichtigen Rechtsgeschäften [3])“, es beweist mit dieser Ausdrucksweise, daß die Nichtigkeit ebenso wie die Unwirksamkeit als eine Eigenschaft des Rechtsgeschäftes angesehen wird [4]), also ihr Vorliegen nicht das Vorhandensein eines Rechtsgeschäftes überhaupt ausschließt [5]). Dem muß bei einer Definition des Rechtsgeschäftes Rechnung getragen werden, es darf nicht außer acht gelassen werden, daß auch das als nichtig bezeichnete Rechtsgeschäft dem Begriff desselben zu unterstellen ist [6]). Die in den Motiven [7]) enthaltene Umschreibung des Begriffes „Rechts-

---

1) Vgl. Gradenwitz S. 3; Schachian S. 168 ff.

2) BGB. §§ 125, 134, 138 I. u. II, 139; vgl. §§ 306, 310, 312.

3) BGB. §§ 140/1.

4) Schloßmanns Ansicht (Lehre vom Zwang S. 17) von der Unmöglichkeit, die Nichtigkeit als Eigenschaft der Rechtsgeschäfte anzusehen „es gäbe weder gültige noch nichtige Geschäfte“ (S. 14), kann für das BGB. nicht aufrecht erhalten werden.

5) „Unterscheide das nichtige vom nicht vorhandenen Rechtsgeschäft.“ Zitelmann, Allgem. Teil S. 102.

6) Windscheid-Kipp Bd. I S. 314.

7) Mot. Bd. I S. 126.

geschäft“ ist in dieser Hinsicht fehlerhaft, denn sie lautet: Rechtsgeschäft ist eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist. Diese Definition paßt nur auf die normale Ausgestaltung des Rechtsgeschäftes, denn sie zieht den Eintritt der Rechtswirkung, der bei den mangelhaften Rechtsgeschäften ausbleibt, mit in den Begriff des Rechtsgeschäftes hinein und deckt sich so nicht mit dem gesamten Begriffsumfang des Rechtsgeschäftes [1]), umspannt also nur ein Rechtsgeschäft im engeren Sinne. Auf den Begriff des Rechtsgeschäftes im allgemeinsten Sinne jedoch kommt es an, wenn von den fehlerhaften Rechtsgeschäften zu handeln ist: er läßt sich vielleicht folgendermaßen präzisieren.

Rechtsgeschäft ist das zur Hervorbringung bezweckter rechtlicher Wirkung allgemein geeignete menschliche Verhalten, bei dem die Wirkung, wenn sie eintritt, auf Grund des Parteiwillens durch die Rechtsordnung eintritt [2]).

Gewöhnlich wird das Rechtsgeschäft im wesentlichen als eine Willenserklärung bezeichnet, diese Ausdrucksweise ist aber ungenau, denn mit dem Wort

1) Leonhard S. 254.

2) Vgl. die Definitionen von Enneccerus-Kipp-Wolff Bd. I, 1, S. 334, zustimmend Planck-Flad-Knoke-Strecker S. 222, Vorbemerkung zu III, Abs. I, 1; Windscheid-Kipp Bd. I S. 370; Zitelmann S. 288; Schachian S. 178; Pfeiffer S. 6; auch RG. Bd. 58, S. 346 für den Begriff der Willenserklärung.

Willenserklärung wird die Willenserklärung einer Person, nicht aber die Einheit von Willenserklärungen mehrerer Personen bezeichnet, und die Identifizierung von Rechtsgeschäft und Willenserklärung paßt daher nur auf die einseitigen Rechtsgeschäfte. Das Wort „Verhalten" ist ein singulare tantum, es kann unverändert von dem Verhalten einer als auch mehrerer Personen gebraucht werden und nimmt so Rücksicht auf die fundamentale Scheidung der Rechtsgeschäfte in einseitige und mehrseitige. Mit diesem Verhalten muß der Zweck verbunden sein, Rechtswirkungen hervorzubringen, die Beteiligten erklären also mit ihm einen bestimmten Willen; und zur Eigentümlichkeit des Rechtsgeschäftes gehört es, daß dieser Parteiwille die Ursache jeder Wirkung ist. Nach der Natur dieser Wirkung richtet es sich, ob das Verhalten in einer oder in mehreren Willenserklärungen bestehen muß, und die allgemeine Geeignetheit, die in der Definition als Eigenschaft des menschlichen Verhaltens gefordert wird, besteht eben darin, daß das Rechtsgeschäft die in jedem Falle notwendige Anzahl Willenserklärungen enthält, um „seinem Typus nach zur Erzeugung der willensgemäßen Rechtswirkung tauglich" [1]) zu sein.

Fehlt es an dem der gewollten Wirkung entsprechenden Verhalten, so liegt kein Rechtsgeschäft vor. Die notwendigen Willenserklärungen können daher

1) Siber, Das Buchrechtsgeschäft S. 102.

mit Fug als „Begriffserfordernisse“ bezeichnet werden[1]). Begriffserfordernisse sind also diejenigen — und zwar die einzigen — Erfordernisse, welche notwendig sind, um ein Rechtsgeschäft zur Entstehung gelangen zu lassen.

Ist ein Rechtsgeschäft tatsächlich zur Entstehung gelangt, so ist damit noch nicht gesagt, daß es die bezweckte Wirkung zu erreichen imstande ist. Dazu ist erforderlich, daß das Rechtsgeschäft von der Rechtsordnung anerkannt wird, daß es, wie das Gesetz sich ausdrückt, gültig ist. Diese Eigenschaft hat es aber nur, wenn es zugleich mit den Begriffserfordernissen bestimmten weiteren Anforderungen genügt, die deshalb als Geltungserfordernisse bezeichnet werden[2]). Zu ihnen gehört z. B., daß die Parteien ein bestimmtes Maß von Geschäftsfähigkeit besitzen[3]), daß das Rechtsgeschäft nicht gegen die guten Sitten verstößt[4]) oder gegen ein gesetzliches Verbot[5]), daß Verträge nicht

1) Schachian S. 180 und Staub S. 13 nennen diese Erfordernisse „Errichtungserfordernisse“; dieser Ausdruck ist aber nicht für diese Erfordernisse charakteristisch, denn auch die Geltungserfordernisse müssen bei der Errichtung des Rechtsgeschäfts vorliegen. Zitelmann, Allgem. Teil S. 92 unterscheidet lediglich solche Erfordernisse, die im Augenblick der Errichtung zusammen verwirklicht sein müssen, diese nennt er Errichtungserfordernisse, und nachholbare objektive Wirksamkeitserfordernisse; diese Einteilung Zitelmanns ist rein äußerlich und nimmt auf das Wesen der Erfordernisse in seiner Beziehung zum Begriff des Rechtsgeschäfts nicht die nötige Rücksicht.

2) Ebenso Schachian S. 180; Staub S. 13.

3) § 105 BGB.

4) § 138 BGB.

5) § 134 BGB.

auf eine unmögliche Leistung gerichtet sind[1]), auch die Erfüllung der vorgeschriebenen Form ist ein Geltungserfordernis[2]).

Die Situation ist ganz eigenartig: entstanden ist das Rechtsgeschäft, wenn die Begriffserfordernisse erfüllt sind, seinen Zweck, Rechtswirkungen auszulösen, kann es nur erreichen, wenn zu gleicher Zeit auch die Geltungserfordernisse erfüllt sind. Ist letzteren nicht Genüge geschehen, so hat das tatsächlich vorhandene Rechtsgeschäft die Eigenschaft, als rechtlich nicht vorhanden angesehen zu werden[3]). Das BGB. trennt also die tatsächliche Existenz eines Rechtsgeschäfts von der, welche in der Rechtswelt als gültig anerkannt wird und daher rechtliche Existenz genannt werden kann[4]).

Auf dem Unterschied von Begriffserfordernis und Geltungserfordernis beruht, wie Schachian zutreffend bemerkt, der Gegensatz von Nichtgeschäft und ungültigem Geschäft, negotium non existens und negotium nullum. „Fehlt einem Rechtsgeschäft eine Begriffsvoraussetzung, so liegt kein vollständiges Rechtsgeschäft vor, ist dagegen eine Geltungsvoraussetzung abwesend, haben wir es mit einem vollständigen rechtsgeschäft-

1) § 306 BGB.

2) § 125 BGB.

3) Jacobi S. 71; Windscheid-Kipp S. 424.

4) Dieser Unterschied kann bei jeder Willenserklärung, nicht nur beim Rechtsgeschäft gemacht werden; jede kann abgegeben, aber nicht gültig sein.

lichen Tatbestand zu tun, aber das Rechtsgeschäft ist ungültig“ [1]).

Erfüllt nun ein Rechtsgeschäft auch die Geltungserfordernisse, so ist selbst damit noch nicht immer die Wirksamkeit verbürgt, denn zuweilen verlangt die Rechtsordnung noch die Erfüllung weiterer Erfordernisse, der sogenannten Wirksamkeitserfordernisse, wie z. B. die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zur Willenserklärung eines Minderjährigen [2]), die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters zu einem ohne seine Einwilligung vom Minderjährigen geschlossenen Vertrage [3]).

Die Wirksamkeitserfordernisse unterscheiden sich dadurch von den Geltungserfordernissen, daß sie Voraussetzung lediglich der Wirksamkeit, nicht auch der Gültigkeit sind, letztere tritt auch ein, wenn ein Wirksamkeitserfordernis fehlt, sofern eben nur alle Geltungserfordernisse erfüllt sind. Weiterhin eine Eigenart der Wirksamkeitsvoraussetzung ist, daß bei ihnen, wie die Motive [4]) sich ausdrücken, „ein Nachlaß vom Vorhandensein zur Zeit der Errichtung des Rechtsgeschäfts zugestanden“ sein kann, das Rechtsgeschäft also, was sie anlangt, sukzessive fehlerfrei wird im Gegensatz zum Simultanitätsprinzip, das die Geltungsvoraussetzungen beherrscht.

1) Schachian S. 181.
2) § 107 BGB.
3) § 108 BGB.
4) Mot. Bd. I S. 217.

Je nachdem das einem Rechtsgeschäft fehlende Erfordernis zur Gruppe der Geltungserfordernisse oder der Wirksamkeitserfordernisse gehört, ist die Wirkung dieses Mangels auf das Wesen des Rechtsgeschäfts verschieden, hier zeigt sich der Zusammenhang zwischen der Art und Weise, wie die Mangelhaftigkeit der Rechtsgeschäfte geregelt ist, und dem Wesen der Rechtsgeschäfte. Das Fehlen eines die Gültigkeit bedingenden Erfordernisses verursacht, daß das Rechtsgeschäft nichtig ist, das Fehlen eines zur Wirkungsmöglichkeit verlangten Erfordernisses, daß das Rechtsgeschäft unwirksam ist. Zu dieser Terminologie ist zu bemerken, auch das nichtige Geschäft ist unwirksam, denn was von der Rechtsordnung als nicht gültig angesehen wird, kann keine rechtliche Wirkung haben. Dies ist die Veranlassung dazu gewesen, von einer „Unwirksamkeit im weiteren Sinne“ zu sprechen, welche dann die Nichtigkeit mit der in ihr enthaltenen Unwirksamkeit und die reine Unwirksamkeit, nun „Unwirksamkeit im engeren Sinne“ genannt, in sich schließt und ganz allgemein besagt, daß das Rechtsgeschäft nicht die Fähigkeit zu wirken hat; je nach dem Entstehungsgrunde scheidet sie sich in Nichtigkeit oder Unwirksamkeit im engeren Sinne [1] [2]).

---

1) Schachian S. 179; Leonhard S. 432.

2) In der vorliegenden Arbeit wird nur schlechthin von „Unwirksamkeit“ gesprochen und damit ist stets die Unwirksamkeit im engeren Sinne gemeint.

§ 3.
Die Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte.

Fehlt einem Rechtsgeschäft ein Geltungserfordernis, so ist es nichtig. Der Begriff der Nichtigkeit entspricht daher naturgemäß dem des Geltungserfordernisses. Nichtigkeit bedeutet Nichtanerkennung seitens der Rechtsordnung; „ein Rechtsgeschäft ist nichtig“ besagt, es wird so angesehen, als ob es nicht vorgenommen wäre.

Da den Gültigkeitsvoraussetzungen bei Errichtung des Rechtsgeschäftes genügt sein muß, kann ein nichtiges Rechtsgeschäft nur von Anfang an nichtig sein; mit der Entstehung des Rechtsgeschäftes ist die Frage, ob es nichtig ist, entschieden, nachträgliche Nichtigkeit ist begrifflich unmöglich [1]). Die Nichtigkeit tritt ein, wenn eins dieser Erfordernisse fehlt, diese Regel äußert sich infolge der Einheit des Errichtungsaktes derart, daß die erfüllten anderen Erfordernisse bedeutungslos sind und bleiben. Es ist also unmöglich, das vergessene Erfordernis nachzuholen, damit es mit den schon vorher vorhandenen ein gültiges Rechtsgeschäft ausmache, auch bei späterem Fortfall des Grundes der Nichtigkeit wird das nichtige Rechtsgeschäft dadurch nicht gültig; dies sprach § 109 des Entwurf I ausdrücklich aus, er wurde gestrichen, weil sein Inhalt selbstverständlich wäre [2]).

1) Über Anfechtbarkeit siehe unten S. 25.
2) Prot. Bd. I S. 125.

Daß überhaupt bei der Errichtung des Rechtsgeschäftes Geltungserfordernisse vorlagen, daran geht die Rechtsordnung nicht achtlos vorüber. Für das nichtige Geschäft werden sie freilich als nicht vorhanden angesehen, es ist aber möglich, daß dieses Geschäft zur Zeit des Errichtungsaktes den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäftes entspricht. Ist dies der Fall und anzunehmen, daß die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit die Geltung dieses anderen „primär nicht gewollten“ [1]) Rechtsgeschäftes, weil es ähnliche oder gleiche aber nicht alle Wirkungen hat, gewollt hätten, dann soll nach § 140 BGB. dieses gelten, es tritt an die Stelle des beabsichtigten nichtigen Geschäftes. Die hierbei leitende Idee ist folgende: Die Parteien denken nicht so sehr daran, ein bestimmtes Rechtsgeschäft abzuschließen als vielmehr einen bestimmten rechtlichen Erfolg zu erzielen. Ist nun das eigentlich zur Erreichung des gewünschten Erfolges gedachte Rechtsgeschäft nichtig, trägt die Rechtsordnung der Absicht der Parteien nach Möglichkeit Rechnung [2]) und nimmt eine Umdeutung des Parteiwillens in das Formalgebilde eines anderen Rechtsgeschäftes derart vor, daß der auf den ökonomischen Erfolg gerichtete Wille der Parteien entscheidet, ohne daß er bei Kenntnis der

1) Hellmann S. 144.

2) „Die Konversion ist als ein Ausfluß der Rechtsregel, daß Rechtsgeschäfte möglichst aufrecht zu erhalten sind, aufzufassen.“ Rutenbeck S. 30.

Nichtigkeit auf das in diesem enthaltene Rechtsgeschäft tatsächlich gerichtet gewesen zu sein braucht[1]); es handelt sich demnach hier um eine Interpretation des Parteiwillens, die Motive[2]) führen als Beispiel an, daß ein ungültiger einseitiger Erbeinsetzungsvertrag sich als letztwillige Verfügung aufrecht erhalten lassen könnte. Ist eine „Konversion" nicht möglich, so sind alle erfüllten Geltungserfordernisse völlig ohne rechtliche Bedeutung.

Wollen die Parteien aber die nun einmal beabsichtigte rechtliche Wirkung doch erreichen[3]), so müssen sie ein neues Rechtsgeschäft abschließen. Da sich der Inhalt dieses Geschäftes mit dem des nichtigen deckt, wird im täglichen Leben bei der Neuvornahme oft von „Bestätigung" des nichtigen Geschäftes gesprochen. Unter welchen Umständen die Verwendung dieses Wortes rechtlich von Bedeutung ist und bei Verträgen die Wirkung haben kann, welche ihr § 141 BGB. einräumt, daß nämlich die Parteien im Zweifel verpflichtet sind, „einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn der Vertrag von Anfang an gültig gewesen wäre", darüber geben die Motive[4]) klaren Aufschluß: „Wird ein nichtiges Rechtsgeschäft von den Urhebern be-

1) Prot. Bd. I S. 127.

2) Mot. Bd. I S. 218.

3) Ganz unmöglich ist dies Unterfangen, wenn der gesamte Inhalt gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt.

4) Mot. Bd. I S. 217.

stätigt, so ist das durch eine solche Redeweise gesetzte Ziel ein unerreichbares; die mangelnde Anerkennung seitens der Rechtsordnung kann nicht durch einen Privatwillensakt ersetzt werden[1]). Die Bestätigung hat nur rechtliche Bedeutung, wenn und so weit sie sich als erneute, allen Erfordernissen gerecht werdende[2]) Errichtung eines Rechtsgeschäftes von gleichem Inhalte darstellt. Trifft diese Voraussetzung bei einem Vertrage zu, so muß in der Wahl des Ausdruckes ‚Bestätigung' seitens der Beteiligten der Regel nach die Bekundung der Absicht gefunden werden, die Rechtslage unter sich so zu ordnen, als wenn der Vertrag von der Zeit an gültig wäre, zu welcher der nichtige Vertrag geschlossen worden ist."

Bei der Bestätigung handelt es sich also wie bei der Konversion um eine Interpretation des Parteiwillens, auch hier ist seine Richtung auf einen ökonomischen Erfolg von Bedeutung. Der zwischen Rechtsordnung und Privatwillensakt bestehende Widerstreit, den die Nichtigkeit immer hervorruft, sucht die autoritative Rechtsordnung zugunsten des Parteiwillens, um dessentwillen die ganze Einrichtung des Rechtsgeschäftes überhaupt besteht, zu lindern, so weit es ihr möglich ist. Die Rechtordnung hat die Macht dazu, denn sie ist

1) Pfeiffer S. 17: „Das Gesetz läßt, obwohl es von Bestätigung spricht, eine Bestätigung im wahren Sinne des Wortes gar nicht zu." Vgl. Enneccerus-Kipp-Wolff Bd. I S. 477 Nr. 3; Engelbrecht S. 4.

2) Vgl. Prot. Bd. I S. 126.

die causa efficiens bei der Entstehung der Rechtsgeschäfte, der Parteiwille ist dazu nur notwendige Voraussetzung und willentliche Veranlassung [1]).

Von dem Satz, es gäbe keine nachträgliche Nichtigkeit, ist der Fall des anfechtbaren Rechtsgeschäftes keine Ausnahme. Anfechtbar ist ein Rechtsgeschäft, wenn bei seiner Errichtung ein subjektiver Willens- oder Erklärungsfehler [2]) vorlag. Es ist ein Geltungserfordernis, daß ein solcher Fehler dem Rechtsgeschäft nicht anhänge, die Natur dieses Fehlers [3]) bringt es aber mit sich, daß sein Vorliegen der Außenwelt unbekannt bleibt, daher wird das Rechtsgeschäft als gültig angesehen. Macht aber derjenige, welcher von dem Fehler betroffen wurde, bekannt, daß er vorlag, indem er von dem Anfechtungsrecht, das ihm für einen solchen Fall gegeben ist, Gebrauch macht, so korrigiert die Rechtsordnung ihr Urteil über das Rechtsgeschäft: sie erkennt an, daß der Fehler den Eintritt der Gültigkeit hätte hindern müssen, und erklärt das angefochtene Rechtsgeschäft als von Anfang an nichtig. „Die Anfechtung enthüllt die wahre Rechtslage", sagt Endemann [4]), er irrt aber mit dieser Behauptung, denn das

1) Vgl. Windscheid-Kipp S. 308; Zitelmann S. 278.

2) Vgl. Endemann Bd. 1 S. 371.

3) Vgl. Schlossmann S. 8: „Ob ein die Wirkung eines Geschäftes beeinträchtigender Umstand Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit bedinge, ist nicht Sache willkürlicher Festsetzung, sondern Konsequenz aus der inneren Natur jener Umstände."

4) Endemann Bd I S. 372.

angefochtene Rechtsgeschäft war nicht nichtig, es hätte nur nichtig sein müssen, und deshalb tritt die Nichtigkeit mit rückwirkender Kraft ein[1]).

Ebenso unmöglich wie die nachträgliche, ist teilweise und auch relative Nichtigkeit, relativ in dem Sinne, daß die Nichtigkeit nur bestimmten Personen gegenüber besteht, anderen gegenüber nicht. Schlossmann[2]) hat diese Tatsache in die Worte gefaßt: daß die Nichtigkeit als die völlige Negation des Vorhandenseins eines rechtlich erheblichen Tatbestandes und Eintrittes einer rechtlichen Veränderung eine Einteilung in Arten nicht zuläßt, ist selbstverständlich.

Die Nichtigkeit stellt sich also als ein einheitlich ausgestaltetes Rechtsgebilde dar; mit der Errichtung des Rechtsgeschäftes entscheidet es sich endgültig, ob dasselbe gültig oder nichtig ist.

Es drängt sich nun die Frage auf, ob ein nichtiges Rechtsgeschäft auch endgültig für immer nichtig ist oder eine Heilung der Nichtigkeit möglich ist. Aus der Tatsache, daß die nachträgliche Erfüllung eines fehlenden Geltungserfordernisses für das nichtige Geschäft bedeutungslos ist, folgt, daß auf diesem Wege die Nichtigkeit zu beheben unmöglich ist. Dieser Umstand führt dazu, daß schon die Motive[3]) von einem diesbezüglichen Prinzip sprechen, da andere Heilungs-

1) Vgl. Oberneck Bd. I. S. 483.
2) Schlossmann S. 18.
3) Mot. Bd. II S. 190, Bd. IV S. 50.

möglichkeiten sich gemeinhin nicht bieten. Bei vereinzelten Rechtsgeschäften kann aber ohne Verletzung des Grundsatzes, daß Geltungserfordernisse nicht nachträglich erfüllbar sind, trotzdem, auf andere Weise Heilung der Nichtigkeit eintreten. Die Konvaleszenz ist jedoch nur möglich, wenn die Nichtigkeit darin ihren Grund hat, daß die Geschäfte nicht in der gesetzlich vorgeschriebenen Form errichtet sind. Diese Tatsache führt zu der Annahme, daß zwischen der Heilbarkeit der Nichtigkeit und dem Wesen der Formvorschriften ein Zusammenhang besteht. Die Möglichkeit des Gültigwerdens eines nichtigen Geschäftes wird sich aus der Eigenart der Formvorschriften ergeben.

„Für ein Rechtsgeschäft ist eine besondere Form nur dann erforderlich, wenn eine solche durch Gesetz oder Rechtsgeschäft bestimmt ist.“ Mit diesem Satz ist in den ersten Entwürfen [1]) zum Bürgerlichen Gesetzbuch ausgedrückt, daß zwar Formvorschriften für Rechtsgeschäfte bestehen, grundsätzlich aber Formfreiheit herrscht. Wenn dieser Satz in der endgültigen Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht mehr steht, so geschah es, weil er keine Rechtsnorm, sondern lediglich ein „legislativ politisches Prinzip“ enthielt, nicht etwa, weil er sachlich nicht beibehalten wäre [2]). Darunter, daß eine besondere Form gewöhnlich nicht „erforderlich“ wäre, ist zu verstehen, daß das Gesetz

1) Entw. I § 91, II § 104.
2) Vgl. Prot. Bd. I S. 88.

formlos geschlossene Rechtsgeschäfte als gültig anerkennt.

Es gibt nun zwei Momente[1]), welche dazu führen, von dem Prinzip der Formfreiheit abzuweichen. Das erste ist die Tatsache, daß die Allgemeinheit oder auch nur ein kleinerer Kreis von Menschen neben den Parteien ein Interesse an zweifelloser Klarstellung der Rechtslage hat, daß also die Sicherheit des Verkehrs diese Klarstellung erfordert.

Das andere Moment ist die Fürsorge für den Kontrahenten. Handelt es sich nämlich um den Abschluß eines besonders wichtigen oder eines bedenklichen Rechtsgeschäftes, dann sucht das Gesetz zu erreichen, daß es mit Überlegung geschieht. Das Institut der Geschäftsfähigkeit dient dazu, Personen, welche nicht das Vermögen haben, mit Überlegung zu handeln, die Möglichkeit zu nehmen, gültige Rechtsgeschäfte abzuschließen, hier geschieht ein weiteres: die Parteien werden angeregt, wirklich mit Überlegung zu handeln, wofür ja die Tatsache, daß sie das allgemeine Vermögen dazu besitzen, keine Gewähr ist, wie Ebbecke[2]) sarkastisch feststellt. Für nötig gehalten wird es, die Parteien zur Überlegung anzuhalten, wenn es sich um den Abschluß von Rechtsgeschäften handelt, bei welchen die Willenserklärung, Vermögenswerte herausgeben zu wollen und ihre tatsächliche Herausgabe zeitlich auseinander-

1) Vgl. Hachenburg S. 82.
2) Ebbecke S. 633.

fallen. Wie berechtigt diese Maßnahme des Gesetzes ist, schildert Danz[1]: Solche Willenserklärungen wären schnell und ohne reifliche Überlegung gesprochen, während die Überlegung erst dann käme, wenn es sich darum handelt, Vermögenswerte auf Grund solcher Versprechen herausgeben zu müssen, wenn es sich um die Leistung handelt.

Die Bestimmung des § 125 BGB., nach dem ein Rechtsgeschäft, welches der gesetzlich vorgeschriebenen. im Zweifel auch der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form ermangelt, nichtig ist, bürgt dafür, daß der Schutz der Beteiligten tatsächlich erreicht wird. Der Inhalt des § 125 BGB. zeigt, daß die Form zum Geltungserfordernis erhoben ist, und die Parteien sind so gezwungen, die Formvorschrift bei Errichtung des Rechtsgeschäftes zu erfüllen, wenn sie die mit dem Rechtsgeschäft bezweckte Wirkung tatsächlich hervorrufen wollen. Erfolgt die Errichtung in der vorgeschriebenen Form, wird sie nicht unüberlegt sein. Denn vor der Abgabe einer schriftlichen Erklärung hat die menschliche Psyche Scheu und Argwohn. Mag jemand noch so viel ins Blaue hineinzureden pflegen, handelt es sich darum, seine Worte schriftlich zu fixieren und damit einen Beweis, daß sie gesagt sind, aus der Hand zu geben, so ist er ernüchtert, die Überlegung tritt in ihre Rechte, und der ernste Wille scheidet sich von

1) Danz S. 149.

hohlen Redensarten. Wird aber die Erfüllung der Form unterlassen, so bewirkt die daraus resultierende Nichtigkeit selbst den Schutz der Parteien, denn das Rechtsgeschäft, das nun so angesehen wird, als wäre es nicht vorgenommen, hat keine Wirkung und kann daher auch keine nachteiligen Folgen nach sich ziehen[1]).

Die Nichtigkeit, welche durch Formmangel verursacht wird, unterscheidet sich in keiner Weise von der, welche aus anderen Gründen eintritt. Insbesondere ist auch das Geltungserfordernis der Form nicht nachholbar, es muß wie jedes andere zur Zeit der Errichtung des Rechtsgeschäftes vorliegen. Die Motive[2]) erwähnen noch ausdrücklich, daß, ist eine Form vorgeschrieben, auch die freiwillige Verfügung des Vertrages an der Nichtigkeit und seinen Folgen schlechterdings nichts ändert[3]).

Ohne diese Regeln zu verletzen, erwächst aus dem Wesen der Formvorschriften in drei Fällen[4]) die

1) Abgesehen von den unbeabsichtigten Folgen, welche sich gerade für das nichtige Geschäft aus seiner Nichtigkeit ergeben können (Schadenersatz gemäß §§ 122, 307, 309 und 812 ff. BGB.).

2) Mot. Bd. I S. 183.

3) In der Reichstagskommission wurde der Antrag, den Mangel der gesetzlich vorgeschriebenen schriftlichen Form nach der Erfüllung des Geschäftes als geheilt zu betrachten, nach kurzer Diskussion mit allen gegen eine Stimme abgelehnt. Vgl. Mugdan, Materialien Bd. I S. 965.

4) Ähnliche Fälle aus dem IV. Buch des Bürgerlichen Gesetzbuches (§§ 1324, 1325, 1328) müssen hier unberücksichtigt bleiben, denn sie stehen im engsten Zusammenhang mit den dem Eherecht eigentümlichen Formvorschriften und der besonderen Gestaltung der Ehenichtigkeit.

Möglichkeit einer Heilung der Nichtigkeit: Bei dem Schenkungsversprechen § 518 BGB., der Bürgschaftserklärung § 766 BGB. und dem uns speziell interessierenden Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen (§ 313 BGB.). Nur bei diesen drei Rechtsgeschäften ist die Nichtigkeit zu beseitigen, weil allein bei ihnen neben dem Wesen der betreffenden formellen Vorschriften, welches es ermöglicht, das Wesen dieser Rechtsgeschäfte selbst es fordert, und nur dann wird von der Möglichkeit Gebrauch gemacht.

Die erwähnten Rechtsgeschäfte, bei denen Heilung der Nichtigkeit vorkommen kann, weisen in bestimmten Beziehungen Gleichartigkeit auf. Alle drei sind obligatorische Verpflichtungsverträge zu einem dinglichen Vertrage, dem Leistungsgeschäfte, und müssen — sei es beiderseits, sei es nur einseitig — formell abgeschlossen werden, weil hier der für die Notwendigkeit einer Formvorschrift typische Fall vorliegt, daß die Verpflichtung, Vermögenswerte herauszugeben, getrennt ist von deren tatsächlicher Herausgabe. Die Rechtsordnung verlangt nicht, daß dem Leistungsgeschäfte unbedingt der verpflichtende obligatorische Vertrag vorangeht, das Leistungsgeschäft kann auch selbständig vorgenommen werden, der obligatorische Vertrag ist also eine mögliche aber keine notwendige Antezedenz des dinglichen Vertrages. Letzterer kann demnach verschiedene Bedeutung haben, entweder er steht völlig

auf sich selbst oder er ist Erfüllung des Verpflichtungsvertrages. Liegt kein Verpflichtungsvertrag vor, dann ist die Art und Weise, wie der dingliche Vertrag vollzogen wird, Gewähr für überlegtes Handeln der Parteien. Liegt er aber vor, so muß die Form seines Abschlusses die Überlegung der Parteien veranlassen, denn die Art und Weise des Leistungsgeschäftes hat nun keinen Wert mehr in dieser Beziehung, da seine Vollziehung bereits eine bestehende Verpflichtung ist.

Wird bei Abgabe eines Schenkungsversprechens, eines Bürgschaftsversprechens oder bei Abschluß eines Grundstücksveräußerungsvertrages die bestehende Formvorschrift nicht erfüllt, so ist das Rechtsgeschäft nichtig, eine Verpflichtung ist demnach durch ihn nicht begründet. Nun ist es möglich, daß der dingliche Vertrag, der die Erfüllung der gültigen Verpflichtung gebildet hätte, trotz der Nichtigkeit des obligatorischen Vertrages eingegangen ist. Der Grund dazu kann der sein, daß die Parteien an das Bestehen eines obligatorischen Vertrages bei Vornahme des Leistungsgeschäftes gar nicht mehr dachten, oder daß sie den obligatorischen Vertrag trotz der Kenntnis seiner Nichtigkeit, d. h. freiwillig erfüllten. In beiden Fällen — unbewußt im ersten, bewußt im zweiten — wurde von dem nichtigen Vertrage abgesehen, er ist für das dingliche Geschäft ohne Bedeutung, der dingliche Vertrag wurde selbständig, an und für sich geschlossen. Die Parteien können aber auch in Unkenntnis der Nichtigkeit des

Verpflichtungsgeschäftes das Leistungsgeschäft vollziehen, also in dem Glauben, dazu rechtlich verpflichtet zu sein. In diesem Falle nehmen die Parteien den dinglichen Vertrag als Erfüllung des obligatorischen Vertrages vor. Die Nichtigkeit des Verpflichtungsvertrages würde in diesem Falle, wenn auf Schenkungsversprechen, Bürgschaftserklärungen und Veräußerungsverträge die allgemeinen Grundsätze angewendet würden, dazu führen, daß das durch den dinglichen Vertrag Geleistete kondizierbar wäre; so könnte der Veräußerer vom Erwerber nach den Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung, §§ 812 ff. BGB., verlangen, daß die Übertragung des Grundstückseigentumes rückgängig gemacht werde. Diese Folge soll hier nicht eintreten.

Die Veranlassung hierzu ist in den Protokollen[1]) für das Schenkungsversprechen in die auch auf die anderen Rechtsgeschäfte passenden Worte zusammengefaßt: „Wollte man unterscheiden, ob die Leistung des Schenkers im Irrtum über die Nichtigkeit des Schenkungsversprechens oder unter Absehen von dem Versprechen bzw. in Kenntnis seiner Nichtigkeit erfolgt wäre, so würden Feinheiten in das Gesetz hineingetragen, welche dem Verkehr unverständlich bleiben und die Handhabung des Gesetzes unnötig erschweren würden. Die Unterscheidung könnte in einzelnen Fällen auch zu Unbilligkeiten führen, die Praktibilität des Rechtes verlange

1) Prot. Bd. II S. 11.

hier, wo es sich um die Bedeutung und Wirkung einer Formvorschrift handele, eine Vereinfachung.“ Die Vereinfachung führte dahin, den Fall, daß als Erfüllung eine Verbindlichkeit geleistet wurde, jenen gleichzustellen, in denen der dingliche Vertrag selbständig geschlossen wurde, auch im Falle der irrtümlichen Erfüllung einer vermeintlichen Verpflichtung soll das Geleistete nicht zurückgefordert werden können. Erreicht wird dieses Ziel dadurch, daß mit Vollziehung des dinglichen Vertrages der Mangel der Form geheilt wird, der vorher wegen mangelnder Form nichtige obligatorische Vertrag also, da kein Formmangel mehr vorliegt, gültig wird. Gerade diesen Ausweg der feinen Unterscheidung, ob der dingliche bei vorausgegangenem nichtigen obligatorischen Vertrage, wie man es bei der Schenkung charakterisieren kann, animo donandi oder animo solvendi vollzogen wurde, zu entgehen, ergreift das Gesetz aus wichtigen Gründen. Zunächst wird damit die Möglichkeit genommen, daß auch jeder, der den dinglichen Vertrag selbständig vollzog, bei späterer Reue unter Berufung auf einen zufällig vorangegangenen nichtigen obligatorischen Vertrag die Kondiktio erhebt und sich so besser steht als der, welcher, ohne daß überhaupt ein Verpflichtungsvertrag vorlag, den dinglichen Vertrag vollzog. Diese Möglichkeit würde die schon so große rechtliche und wirtschaftliche Unsicherheit, welche die erst in 30 Jahren verjährende Kondiktio mit sich bringt, in nicht geringem Maße vergrößern.

Entscheidend für die Regelung muß aber angesehen werden, daß es für den mit der Formvorschrift verbundenen Zweck als genügend zu erachten ist, wenn ihre schützende Macht zeitlich nicht über den dinglichen Vertrag hinaus wirkt. Der dingliche Vertrag gewährleistet in weitem Maße überlegtes Handeln, er wird auch im Falle eines vorhergegangenen nichtigen obligatorischen Vertrages nicht ohne Überlegung geschlossen. Jeder weigert sich von Natur, wider seinen Willen zu handeln; entspricht es darum nicht seinem Willen, einen Vermögenswert herauszugeben, weigert er sich dessen und tut es nur, wenn er sich davon überzeugt hat, daß er dazu rechtlich verpflichtet ist. Der Fall, daß jemand einen Vertrag erfüllt, der seinem Willen konträr ist, ohne einen Versuch zu machen, seinen Willen durchzusetzen, darf als abnorm bezeichnet werden und kann nur auf größter Unkenntnis des Gesetzes beruhen. Wegen dieses Falles die Kondiktio zuzulassen, würde eine Überspannung des Schutzes bedeuten; die Formvorschriften sollen nur überlegtes Handeln herbeizuführen suchen.

Zweckmäßigkeitsgründe verschiedener Art veranlassen also das Gesetz bei der Bürgschaftserklärung mit Erfüllung der Hauptverbindlichkeit, beim Schenkungsversprechen durch die Bewirkung der versprochenen Leistung und im Falle des Grundstücksveräußerungsvertrages mit der Auflassung und der Eintragung in das Grundbuch den nichtigen obligatorischen Ver-

trag gültig werden zu lassen. Das Gesetz läßt in diesen Fällen ohne Rücksicht auf den Willen der Parteien durch eine Tatsache die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes heilen.

Hachenburg[1]) erkennt, daß die Heilung mit dem Wesen der Formvorschriften im Zusammenhang steht, glaubt aber, daß sie durch Erfüllung eintrete, indem die Erfüllung die vorgeschriebene Form ersetze, und das kann nicht zugegeben werden. Es tritt prinzipiell keine Heilung durch Erfüllung ein und von diesem Prinzip wird nicht gerade für die wichtigen in Frage stehenden Geschäfte eine Ausnahme gemacht. Nein, es sind die Zweckmäßigkeitsgründe allein, welche das Gesetz zu dem Institute der Heilung der Nichtigkeit veranlassen, die Heilung tritt zwar ein durch eine Tatsache, welche die Parteien als Erfüllung des obligatorischen Vertrages vornehmen, aber nicht, weil sie Erfüllung ist.

1) Hachenburg S. 91 ff.

Kapitel II.

Der formlose Grundstücksveräußerungsvertrag.

§ 4.

Die rechtliche Natur des formlosen Veräußerungsvertrages.

„Klar und einfach und für den durch die Form erstrebten Zweck vollkommen genügend wird die Wirkung dahin bestimmt, daß der für sich allein infolge des Formmangels nichtige Vertrag durch die nachfolgende Übertragung des Eigentumes, d. h. Auflassung und Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch gültig wird. Hierdurch ist jede Schwierigkeit einer späteren Rückforderung ausgeschlossen und doch die Rücksicht auf wohlüberlegtes alle Verhältnisse berücksichtigendes Handeln gewährleistet.“ Diese Stelle aus den Motiven[1]) zeigt, daß der Gesetzgeber selbst nicht Heilung der Nichtigkeit für „begrifflich unmöglich“[2]) hielt, denn Gültigwerden eines nichtigen Vertrages ist Heilung, die Nichtigkeit kann genau so gut als eine Krankheit

1) Mot. Bd. II S. 191.

2) Pfeiffer S. 71; Crome Bd. I S. 355; Staub S. 1.

des Rechtsgeschäftes angesprochen werden wie die Unwirksamkeit.

Wenn die Konvaleszenz der Nichtigkeit im Falle des § 313 BGB. verneint werden soll, müßte entweder bewiesen werden, daß der formlose Veräußerungsvertrag bis zur Auflassung gar nicht nichtig ist, oder daß der Vorgang gar nicht als Heilung anzusehen ist. Beide Beweise sind versucht worden, keiner kann aber als geglückt bezeichnet werden [1]). Die heilbare Nichtigkeit des Veräußerungsvertrages ist also begrifflich möglich und das Gesetz hat diesen Vertrag im § 313 BGB. auch in dieser Weise geregelt.

Staub behauptet, der formlose Grundstücksveräußerungsvertrag sei nicht nichtig, sondern nur unwirksam [2]). Eine Form würde für den Vertrag mit den Worten des § 313 Satz 1 „ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung", nicht gefordert sondern zugelassen. Die Bestimmung des § 125 BGB., „ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig", sei daher auf § 313 nicht anzuwenden, denn vorgeschrieben sei nur die Form, welche gefordert wird, nicht die nur zugelassene Form. Da § 313 also nicht der Regel des § 125 unterfiele, sei der formlose Veräußerungsvertrag nicht nichtig;

1) Siehe das Folgende und unten S. 44.
2) Staub S. 22/23.

wie es um ihn stehe, gehe aus dem Satz 2 des § 313 hervor. Dessen Inhalt aber wäre so zu verstehen, daß der formlose Vertrag nur unwirksam wäre, bis sein Wirksamkeitserfordernis, bestehend in Auflassung in Verbindung mit Eintragung in das Grundbuch erfüllt würde.

Staub glaubt also aus dem Inhalt des § 313 Satz 2 entnehmen zu können, daß der formlos abgeschlossene Vertrag unwirksam ist, diese Meinung, merkt er selbst, könnte nicht richtig sein, wenn § 125 auf § 313 Satz 1 anzuwenden wäre, denn es ist nicht möglich, daß ein Vertrag zu gleicher Zeit nichtig und nur unwirksam[1]) ist, da meint er den Nachweis, daß diese beiden Paragraphen nicht miteinander in Beziehung zu setzen seien, mit der Darlegung zu erbringen, die Worte „bedarf“ und „vorgeschrieben“ seien in der Weise einander gegenüberzustellen, daß das erste zugelassen, das zweite gefordert bedeute, was als ganz unmöglich bezeichnet werden muß, denn der Gebrauch der in Frage stehenden Worte ist nicht so differenziert, wie Staub behauptet. Auch die Vorschrift, daß der Veräußerungsvertrag bestimmter Form b e d a r f, gehört dem zwingenden Rechte an[2]). Aber auch der Nachweis, daß aus § 313 Satz 2 entnommen werden könne, daß der formlose Vertrag nur unwirksam sei, ist nicht er-

1) Unwirksam im Gegensatz zu nichtig (unwirksam im engeren Sinne).

2) Vgl. Bett S. 5.

bracht. Dieser Nachweis basiert auf der Behauptung, das Bürgerliche Gesetzbuch gebrauche gültig gleichbedeutend mit wirksam [1]). Das ist falsch; Gültigkeit und gültig werden im Bürgerlichen Gesetzbuch in der Regel [2]) zur Bezeichnung des Gegenteils von Nichtigkeit bzw. nichtig verwendet [3]). Das zeigen z. B. die §§ 141 Abs. 2, 307/08 in Verbindung mit 306; 122, 761, 780/81, 793 II, 1324 mit 125; 1315, 1699 untrüglich. Für § 313 aber eine Ausnahme von dem regelmäßigen Gebrauch des Wortes gültig zu statuieren wäre nur möglich, wenn feststände, daß der Vertrag unwirksam ist, das will Staub aber gerade erst beweisen. Die Richtigstellung des Fehlers, daß gültig vom Gesetzbuch gleichbedeutend mit wirksam verwendet werde, läßt also Staubs Konstruktion, daß der formlose Grundstücksveräußerungsvertrag nicht nichtig, sondern unwirksam sei, zusammenbrechen. Zu was für einem Resultat sie geführt hätte, zeigt die Konsequenz, die Staub auf Grund seiner Ansicht gewinnt [4]). Es gäbe zwei Arten Grundstücksveräußerungsverträge: formale und formlose. Sei ein formaler geschlossen, so sei in ihm die Form Geltungserfordernis. Sei aber ein Vertrag der anderen Art geschlossen, so sei für ihn die Form überhaupt nicht Erfordernis, sondern er

---

1) Vgl. Staub S. 21.
2) Ausnahme § 2360 II BGB., vgl. Staudinger Bd. I S. 394.
3) Hellmann, Vorträge S. 113.
4) Staub S. 22.

sei unwirksam, bis das Wirksamkeitserfordernis der Auflassung und Eintragung hinzukäme. Diese Theorie führt dazu, daß der Satz richtig sein müßte: Ist die Form des Rechtsgeschäftes erfüllt, ist sie Geltungserfordernis, ist sie nicht erfüllt, ist sie kein Geltungserfordernis; wäre die Form beim Vertrag der formellen Art nicht erfüllt, müßte das Rechtsgeschäft nichtig sein, ist sie nicht erfüllt, ist es aber nur unwirksam, denn dann liegt die andere Vertragsart vor.

Der Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen, ist bei mangelnder gerichtlicher oder notarieller Beurkundung nichtig; deshalb kann er keine Naturalobligation darstellen. Die Eigentümlichkeit der Naturalobligation liegt darin, daß rechtlich keine Verbindlichkeit besteht[1]), der zugrunde liegende Tatbestand aber als Erwerbsgrund für die freiwillig, wenn auch irrtümlich bewirkte Leistung dient[2]). Das Gesetz erkennt an, daß eine Schuld vorhanden ist, wegen des zugrunde liegenden, von ihm nicht gebilligten Tatbestandes erkennt es aber dem Gegenkontrahenten das aktive Forderungsrecht ab und erläßt dem Schuldner die Haftung; das auf Grund des Tatbestandes Geleistete jedoch gilt als Erfüllung einer Schuld, nicht als Schenkung und kann nicht zurückgefordert werden. Auch

1) Nicht nur keine klagbare Verbindlichkeit, wie Grabow S. 10 annimmt.

2) Vgl. Planck-Siber S. 28.

das nichtige Geschäft begründet keine Verbindlichkeit. Ist ein Vertrag nichtig, so besteht aber nicht nur keine Verbindlichkeit, sondern auch nicht eine nur moralische Schuld, es besteht überhaupt keine Schuld. Im Falle des § 313 BGB. wird der nichtige Veräußerungsvertrag nach erfolgter Übertragung des Eigentums am Grundstück vom Gesetz anerkannt, der Grund zur Heilbarkeit ist aber keineswegs der, daß eine auf moralischer oder sozialer Anschauung beruhende Schuld anerkannt würde.

Der formlose Grundstücksveräußerungsvertrag begründet also keine natürliche Verbindlichkeit[1]). Zu demselben Resultat führt auch die Durchführung der gegenteiligen Ansicht. Der Vertrag des § 313 BGB. erzeugt in der Regel[2]) auf beiden Seiten, zumeist synallagmatische Verpflichtungen. Trotzdem würde die naturalis obligatio nur auf einer Seite bestehen und zwar auf der Seite des Veräußerers, für die Gegenpartei besteht keine, sie kann Geleistetes zurückfordern. Der Veräußerer, dessen

---

1) Ebenso Siber, Rechtszwang S. 49 und Planck-Siber S. 28 und S. 337; Staudinger II, 1 S. 245, Nr. 4 zu § 313; Endemann I S. 587; Oertmann Bd. II S. 170, Nr. 6 zu § 313; Gutbrod S. 115; Baer S. 49; Grabow S. 9. A. A. Ubbelohde in Iherings Jahrbücher Bd. 38, S. 216; Matthiass 4. Aufl., Bd. I S. 321; Bernhöft S. 437; Tochtermann S. 54. Vgl. auch Windscheid-Kipp Bd. II S. 192.

2) Der Vertrag, durch den sich der eine Teil zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück schenkungshalber verpflichtet, unterliegt ebenfalls der Formvorschrift des § 313. § 518 BGB. verlangt nur Beurkundung des Schenkungsversprechens, die strengere Form muß beobachtet werden.

Schutz mit der Formvorschrift bezweckt ist[1]), wäre also naturaliter verpflichtet, die Gegenpartei gar nicht. Ganz unvereinbar mit dem Wesen der Naturalobligation ist aber die Folge, daß der Veräußerer, wenn er seine angeblich natürliche Schuld erfüllt hat, auf Erbringung der Gegenleistung klagen kann; die wirklichen Naturalobligationen[2]) sind so beschaffen, daß aus dem zugrunde liegenden Tatbestand nur eine — natürliche — Schuld entsteht, mit deren Erfüllung die Parteien nicht einmal natürliche Verpflichtungen weiter gegeneinander haben, vor der Erfüllung wird keiner Klage stattgegeben[3]),

1) Es ist bestritten, ob mit der Formvorschrift nur der Schutz des Veräußerers oder auch der des Erwerbers bezweckt ist. Auf den Schutz beider Parteien deuten Bemerkungen in den Materialien zum Gesetzbuche (Mot. Bd. I S. 190, Prot. Bd. I S. 461, D. 47), die vom Schutze gegen übereilte Käufe und Verkäufe sprechen. Tatsächlich geschützt wird auch der Erwerber durch die aus der Nichtigkeit des Vertrages sich ergebenden Folgen. Auch ausdehnend ausgelegter Wortlaut des § 313 Satz 1 kann aber nicht soweit führen, ihm die Verträge zu unterstellen, die lediglich eine Pflicht zur Abnahme eines Grundstücks begründen, Verträge, durch die sich eine Partei zum Erwerbe eines Grundstücks verpflichtet, die andere aber in ihrem Entschlusse, ob sie veräußern will, frei bleibt (RG. Bd. 81 S. 134; Warneyer 2. Ergänzungsbd., S. 526; J. W. 1905 S. 126; KG. in Rechtspr. 16, 362; Neumann Rechtspr. Bd. I S. 468; Neubecker in Rechtspflege in Bayern 1906 S. 431 ff., Oberneck Bd. I S. 384; Planck-Siber S. 338; Cosack Bd. I 1, S. 376, Nr. 2c; Baer S. 32; Voigt S. 23; Gutbrod S. 36; a. A. Bett S. 31; Dorst in Verhandlungen des 26. D. J. T. Bd. I, S. 18.

2) Aus Spiel und Wette §§ 762/4 BGB.; aus Ehevermittlung § 656 BGB. Die verjährte Verbindlichkeit §§ 222/3.

3) Die Klage ist entweder von Amts wegen oder auf eine Einrede des Beklagten hin abzuweisen.

nach der Erfüllung ist überhaupt kein Gegenstand einer Klage vorhanden.

§ 5.

Das Wesen der Heilung.

Sucht Staub die Heilung der Nichtigkeit dadurch zu widerlegen, daß der formlose Veräußerungsvertrag gar nicht nichtig sei, so gehen Pfeiffer und Hummel den anderen Weg zu diesem Ziel, sie bestreiten, daß das, was mit der Übertragung des Eigentums eintrete, Heilung sei.

Pfeiffer[1]) sieht in den klaren Worten „der Vertrag wird gültig" eine Fiktion der Gültigkeit. Es muß eine Fiktion angenommen werden, meint er, weil man anderenfalls dem Gesetzgeber eine Norm imputieren müßte, die nach den Grundsätzen über die Nichtigkeit direkt widersinnig wäre. Pfeiffer nimmt, ohne im Gesetz den geringsten Anhaltspunkt dafür zu haben, Fiktion der Gültigkeit an, weil er sonst selbst zugeben muß, daß Heilung vorliegt, und dies einen Widerspruch mit der von ihm behaupteten Unheilbarkeit bedeuten würde. Seine eigenen Ausführungen zeitigen das Resultat, daß Heilung vorliegt, da führt er die unbewiesene Fiktion ein.

Hummel[2]) erklärt, daß nicht Konvaleszenz, sondern Bestätigung im technischen Sinne, d. h. Neuvornahme

1) Pfeiffer S. 25.
2) Hummel S. 37/38.

des Rechtsgeschäftes vorliege. In der Auflassung und Eintragung liege die ausdrückliche Bestätigung des nichtigen Vertrages und kraft positiver Gesetzesvorschrift würden Auflassung und Eintragung als Neuvornahme des nichtigen Vertrages der in § 313 BGB. vorgeschriebenen Form gleichgeachtet. Auch dieser Ansicht widersprechen die Worte: der Vertrag wird gültig; denn bei Bestätigung eines nichtigen Vertrages wird dieser nie gültig, sondern bleibt nichtig und das neu errichtete Geschäft ist gültig. Hummel sieht diesen Widerspruch zwischen seiner Konstruktion und dem Gesetzestext, statt aber darin einen Fehler seiner Konstruktion zu sehen, gibt er dem Gesetz schuld, dieses hätte in seiner Ausdrucksweise irregeführt und so das Prinzip von der Unheilbarkeit vergessen lassen. Hummel setzt sich also, genau wie Pfeiffer, bei dem Beweise, daß keine Heilung vorläge, bewußt in Widerspruch mit dem Gesetzestexte, da er den Beweis ohne diesen Widerspruch nicht erbringen kann.

Zu trennen von Hummels Darlegungen, daß der nichtige Vertrag nicht gültig würde, sondern die Übertragung des Eigentums Neuvornahme desselben sei, also keine Heilung vorläge, ist die Ansicht des Reichsgerichts [1]), welche dahin geht, daß der nichtige Vertrag gültig wird, also Heilung vorliegt, die Heilung aber eine Analogie zur Bestätigung insofern sei, als in der

1) Vgl. RG. Bd. 75 S. 115.

Übertragung des Eigentums eine Bestätigung zu sehen sei, welche das Gesetz, da das Rechtsgeschäft nicht neu errichtet, sein Inhalt also nicht wiederholt wird, in dieser Weise anerkenne. Auch dieser Zusammenhang zwischen Bestätigung und Heilung muß von der Hand gewiesen werden. Es darf nie vergessen werden, daß auch in dem Falle Heilung eintritt, wenn das Eigentum in Unkenntnis der Nichtigkeit übertragen wird. Derjenige, welcher ein nichtiges Rechtsgeschäft bestätigt, muß die Nichtigkeit desselben kennen oder wenigstens Zweifel an der Gültigkeit haben, sonst kann der Wille, das nichtige Rechtsgeschäft zu bestätigen, nicht als vorhanden angenommen werden[1]). Die Bestätigung ist ein Ausdruck des Willens der Beteiligten, die Beteiligten haben den Willen, dem Inhalt des nichtigen Geschäftes rechtliche Anerkennung zu verschaffen und deshalb bestätigen sie das Rechtsgeschäft, d. h. errichten es noch einmal unter Beobachtung aller rechtlichen Erfordernisse. Die Heilung des nichtigen Veräußerungsvertrages dagegen ist nicht an die Voraussetzung gebunden, daß die Parteien bei der Übereignung des Grundstückes die Nichtigkeit des Veräußerungsvertrages kennen oder zum mindesten Zweifel an seiner

1) RG. Bd. 68 S. 398; Warneyer 1. Erg.-Bd. S. 80, Nr. 121; daselbst 2. Erg.-Bd. S. 54, Nr. 43; RG. in J. W. 1912 S. 681, Nr. 2 OLG. Stuttgart in Rechtsspr. Bd. 6 S. 35; Planck-Flad-Knoke-Strecker S. 374; Oertmann Bd. I S. 442, Nr. 3e; Rutenbeck S. 66; Gutbrod S. 110. A. A. Staudinger Bd. I S. 545, Nr. 5 zu § 141; Engelbrecht S. 53.

Gültigkeit haben. Der Vertrag wird auch geheilt, wenn die Parteien bei der Übertragung des Grundeigentumes an der Gültigkeit des tatsächlich nichtigen Vertrages nicht den geringsten Zweifel hegen, ja selbst dann, wenn die Parteien gerade und nur durch den irrtümlichen Glauben an die Gültigkeit des Vertrages, also lediglich durch die Vorstellung der rechtlichen Gebundenheit, welche bei tatsächlich vorhandener Gültigkeit besteht, veranlaßt wurden die Übereignung vorzunehmen. Die Unkenntnis der Nichtigkeit auf seiten der Parteien hindert also auch dann nicht die heilende Wirkung der Auflassung und Eintragung, wenn anzunehmen ist, daß die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit die Übereignung keinesfalls vorgenommen hätten. Während die Bestätigung durch das Vorhandensein des Bestätigungswillens der Parteien bedingt ist, tritt die Heilung der Nichtigkeit aus Zweckmäßigkeitsgründen ein ohne Rücksicht auf den Willen der Parteien, von diesem ganz unabhängig. Zutreffend sagt Staub [1]): „An die Tatsache der Auflassung und Eintragung ist die Wirkung geknüpft, die Tatsache als solche wirkt von selbst heilend ohne alle Rücksicht auf den Willen." Die Heilung kann daher mit der Bestätigung in keinerlei Bestätigung gebracht werden.

Die Rechtsprechung [2]) erkennt an, daß die Heilung auch in der Weise eintritt, daß, wird ein formlos ver-

1) Staub S. 25 im Anschluß an Gutbrod S. 110.

2) RG. Bd. 71 S. 402, Bd. 82 S. 345; Neumann, Rechtspr. S. 481 Anm. 16a; Recht 1907 S. 633 Nr. 1290; Warneyer 1908 S. 79

äußertes Grundstück ebenso formlos weiter veräußert, mit der Übertragung des Grundstückseigentums an den letzten Erwerber auch die Zwischenverträge geheilt werden. Das ist durchaus zu billigen und entspricht vollkommen dem Zweck der Vorschrift des § 313 Satz 2: mit der Annahme, in der Heilung sei eine Bestätigung zu sehen, dagegen ist diese Rechtsprechung unvereinbar [1]). Denn eine Bestätigung der Zwischenverkäufer kann nirgendwo gefunden werden, ihr notwendiges Einverständnis zur Auflassung kommt in seiner Formlosigkeit als solches nicht in Betracht.

Auflassung und Eintragung heilen nur die Nichtigkeit, welche aus dem Formmangel resultiert. War der Vertrag zugleich deshalb nichtig, weil eine Partei geschäftsunfähig war, kann er durch die Eigentumsübertragung nicht gültig werden. Diese Tatsache muß aus § 313 BGB. mit Selbstverständlichkeit geschlossen werden, sowohl aus dem Zweck des Satzes 2, als aus seiner Verbindung mit Satz 1; sie ist denn auch in der Literatur unbestritten.

Die Übertragung des Grundeigentums heilt den Mangel der durch § 313 Satz 1 BGB. vorgeschriebenen Form. Wenn außerdem noch eine Formvorschrift durch die Formlosigkeit des Veräußerungsvertrages verletzt ist, so wird die Heilung dieses Formmangels nicht

Nr. 26 zu § 313; OLG. Rostock in Rechtspr. Bd. 16 S. 365; OLG. Braunschweig das. Bd. 16 S. 366; für das frühere preußische Recht RG. Bd. 31 S. 230.

1) Vgl. Planck-Siber S. 346.

schlechthin zu verneinen sein [1]), aber doch nur unter großen Einschränkungen zugelassen werden können. So tritt die Heilung nicht ein, wenn die mit verletzte Formvorschrift eine strengere Form als die gerichtliche oder notarielle Beurkundung vorschreibt [2]). Eine Schenkung von Todes wegen [3]), welche mit dem Veräußerungsvertrag verbunden ist, heilt nicht, denn sie mußte vor einem Richter oder vor einem Notar unter Hinzuziehung eines Gerichtsschreibers bzw. eines zweiten Notars oder unter Hinzuziehung zweier Zeugen und mit Beobachtung weiterer Formalitäten geschlossen werden [4]). Stellt ferner der Veräußerungsvertrag nur einen Teil des Vertrages dar, für welchen auch eine Form geboten ist, wird der Mangel dieser Form ebenfalls nicht geheilt, so, wenn der Veräußerungsvertrag zugleich ein Erbverzichtsvertrag [5]) ist, oder ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, sein gegenwärtiges Vermögen zu übertragen [6]) [7]).

---

1) A. A. Warneyer 2. Ergänzungsbd. S. 184 Nr. 194; J. W. 1911 S. 37 Nr. 17; Bett S. 88.

2) Ebenso Graff bei Gruchot Bd. 57 S. 101.

3) § 2301 mit § 2276 und §§ 2233 ff. BGB.

4) Ebenso Graff bei Gruchot Bd. 57 S. 103. A. A. KG. in Rechtsspr. 4, 35; Dernburg Bd. II 1 § 80, Anm. 26, S. 209. Soweit die Schenkung aber vollzogen ist, findet § 2301 II mit § 518 II Anwendung. Vgl. Planck-Siber S. 343. Die Nichtigkeit des formlosen Schenkungsversprechens ist geheilt, soweit es erfüllt ist.

5) § 311 BGB.

6) § 2346 BGB. mit § 2348 BGB.

7) Ebenso für § 2348 RG. Bd. 61 S. 284; für den Erbverzichtsvertrag Neumann BGB. Bd. 1 S. 308, Nr. 4e zu § 313.

Wenn der mit der ebenfalls verletzten Formvorschrift verbundene Zweck ein anderer ist, als der Zweck der Formvorschrift des § 313 BGB., Schutz vor Übereilung, kann der aus jener Vorschrift resultierende Formmangel gleichfalls nicht geheilt werden[1]). Der für längere Zeit als ein Jahr geschlossene Mietvertrag bedarf der schriftlichen Form[2]) im Interesse des Erwerbers des Grundstücks, welcher an die laufenden Mietverträge gebunden ist; der Mangel der Form des in einem Veräußerungsvertrage enthaltenen Mietvertrages kann daher nicht durch Auflassung und Eintragung geheilt werden[3]). Ebensowenig[4]) ein Vertrag, durch den eine Leibrente versprochen wird[5]), denn die für das Versprechen vorgeschriebene Form ist nicht allein zum Schutze des sich zu ihrer Leistung Verpflichtenden vorgeschrieben, sondern das Rentenversprechen bedarf seiner Natur nach eine zweifelsfreie Feststellung.

Die Verletzung einer zweiten Formvorschrift durch die Formlosigkeit des Veräußerungsvertrages kann im Falle, daß sie nicht mit geheilt wird, die Folge haben,

1) Ebenso RG. Bd. 73 S. 208; Graff S. 103.

2) § 566 BGB.

3) Ebenso Planck-Siber S. 343; Graff S. 103. A. A. OLG. Dresden in Rechtspr. 20, 141.

4) Ebenso Bett S. 88. A. A. Planck-Siber S. 343; Graff S. 103; Eccius bei Gruchot 45, 15; Josef bei Gruchot 41, 303; Staudinger 5/6. Aufl., Bd. II 2, S. 1373, Nr. 5 zu § 761.

5) § 761 BGB.

daß auch der Veräußerungsvertrag nichtig bleibt, gemäß § 139 BGB. richtet sich dies darnach, ob die Veräußerung auch ohne den wegen Formmangels nichtigen Teil des Vertrages vorgenommen sein würde[1]); ist es nicht der Fall, kann die Rückübertragung des Grundstückes gefordert werden.

War ein Vertragsteil durch arglistige Täuschung oder widerrechtliche Drohung zum Abschluß des Veräußerungsvertrages veranlaßt worden, so kann die Anfechtbarkeit nach der Übertragung des Eigentums ausgeschlossen sein, weil eine Bestätigung des anfechtbaren Vertrages[2]) darin zu sehen ist, wenn das Eigentum übertragen wird und vorher der zur Anfechtung des obligatorischen Vertrages Berechtigte über die Täuschung aufgeklärt war bzw. die Zwangslage aufgehört hatte. Durch ihre Mitwirkung bei der Übereignung des Grundstückes trotz Kenntnis des Anfechtungsgrundes geht also die anfechtungsberechtigte Partei ihres an sich erst nach einem Jahre erlöschenden[3]) Rechtes zur Anfechtung verlustig. War der obligatorische Vertrag wegen Irrtums gemäß § 119 anfechtbar und der Irrtum waltete zur Zeit der Auflassung nicht

1) Ebenso RG. Bd. 73, 208; Neumann BGB. Bd. 1 S. 308, Nr. 4e zu § 313.

1) § 144 BGB. Die Bestätigung des anfechtbaren Geschäftes ist gänzlich verschieden von der eines nichtigen Geschäftes, sie bedeutet den Verzicht auf die Anfechtung eines gültigen aber anfechtbaren Geschäftes.

2) § 124 BGB.

mehr ob, dann ist nicht erst in der Eigentumsübertragung eine Bestätigung des anfechtbaren Geschäftes zu sehen, denn in diesem Falle gilt schon als Bestätigung, wenn die Anfechtung nicht unverzüglich nach Kenntnisnahme des Anfechtungsgrundes erfolgte [1]).

Dem Wesen der Heilung, welche durch eine Tatsache, Übertragung des Eigentums, ohne Rücksicht auf den Willen der Parteien eintritt, entspricht es, daß auch Zwangsauflassung in Verbindung mit nachfolgender Eintragung in das Grundbuch die Nichtigkeit aufhebt [2]). Dieser Fall ist um deswillen nur von geringer Tragweite, weil die Klage auf Abgabe der zur Auflassung notwendigen Willenserklärung von Amts wegen abzuweisen ist, wenn der Veräußerungsvertrag nichtig ist. Die Zwangsauflassung hat daher nur dann Bedeutung betreffs der heilenden Wirkung, wenn neben einem gültigen Vertrage formlose obgleich formpflichtige Abreden bestehen. Erfolgt auf Grund des gültigen Vertrages die Verurteilung zur Abgabe der Auflassungserklärung, dann tritt mit der Übertragung des Eigentums Heilung der dem Formzwang unterfallenden formlosen Abreden ein.

Gemäß § 894 ZPO. gilt die Erklärung des verurteilten Schuldners als abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat. Die andere Partei voll-

1) § 121 BGB.

2) Vgl. RG. Bd. 54 S. 109 zweifelnd. Gruchot 33, 484 für das frühere preußische Recht bejahend.

zieht nun die Auflassung in der Weise, daß sie die ihrerseits erforderliche Erklärung vor dem Grundbuchamte abgibt und das die Gegenpartei zur Abgabe der Auflassungserklärung verurteilende Urteil nebst einem Zeugnis seiner Rechtskraft[1]) vorlegt; ist § 894 Abs. 2 ZPO. zutreffend, d. h. die Willenserklärung des Beklagten von einer Gegenleistung abhängig gemacht, muß eine vollstreckbare Ausfertigung des Urteils vorgelegt werden.

§ 6.

Erfordernisse der Heilung.

Sollen Auflassung und Eintragung die Heilung zeitigen, müssen sie selbst gültig sein. Wenn die Auflassung etwa wegen der Geschäftsunfähigkeit eines Beteiligten nichtig und infolgedessen auch die durch diese Auflassung begründete Eintragung nichtig sind, wird der obligatorische Vertrag nicht geheilt. Es ist auch möglich, daß die Auflassung gültig und nur die Eintragung nichtig ist, so, wenn der Eigentumsübergang eines anderen als des aufgelassenen Grundstückes eingetragen ist; die Heilung des obligatorischen Vertrages tritt dann erst ein, wenn die richtige Eintragung erfolgt ist.

Waltete bei der Auflassung auf der einen Seite ein Irrtum oder arglistige Täuschung ob, und der davon betroffene Vertragsteil erfährt dies erst nach er-

1) § 706 ZPO.

folgter Eintragung, oder erst nach Vollziehung der Eintragung hört eine durch widerrechtliche Drohung verursachte Zwangslage auf, und die Auflassung wird nun angefochten, dann ist sie gemäß § 142 BGB. als von Anfang an nichtig anzusehen, und die Nichtigkeit der Auflassung bringt die der Eintragung mit sich[1]). Der Veräußerungsvertrag war geheilt, denn Auflassung und Eintragung waren gültig, da die Anfechtung der Auflassung aber bewiesen hat, daß die Auflassung von Anfang an hätte nichtig sein müssen, der Vertrag nicht hätte geheilt werden können, deshalb ist er, obwohl selbst nicht angefochten, so anzusehen, als wenn er nicht gültig geworden wäre.

Der Vertrag wird ferner nur geheilt, wenn die Grundfläche, zu deren Veräußerung er verpflichten sollte und die aufgelassene und die eingetragene Grundfläche identisch sind. Erforderlich ist, daß das gesamte Grundstückseigentum, von dessen Übertragung der Vertrag handelt, auch wirklich übertragen wird, „der Vertrag muß, soweit er überhaupt durch Auflassung zu erfüllen ist, auch diese Erfüllung gefunden haben“[2]). Behandelt der Veräußerungsvertrag einen Austausch von Grundstücken, müssen beide Grundstücke aufgelassen und auf den Namen des Erwerbers eingetragen sein, ist nur der Eigentumsübergang des einen Grund-

1) Oberneck Bd. 1 S. 483.

2) RG. Bd. 56 S. 386; RG. Seuff. A. Bd. 62 S. 232; OLG. Stettin in Rechtspr. Bd. 3 S. 93.

stückes eingetragen, so ist die Gültigkeit des obligatorischen Vertrages nicht eingetreten[1]), die gültige Grundstücksveräußerung kann rückgängig gemacht werden. Diese Regelung entspricht allein dem Sinn des § 313 BGB.; der Veräußerer wird durch die Formvorschrift bei ihrer Nichterfüllung in der Weise geschützt, daß für ihn keine Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums besteht. Veräußert er dennoch, dann muß er die Folgen seiner Handlungsweise tragen, der Veräußerungsvertrag wird geheilt; diese Folge aber eintreten zu lassen, wenn die Gegenpartei ihr Grundstück übertragen hat, hieße eine Verpflichtung zur Eigentumsübertragung begründen und die schützende Wirkung der Formvorschrift in dieser Weise einzuschränken, widerspricht der ratio legis.

Wenn der Vertrag auf die Veräußerung mehrerer Grundstücke gerichtet ist und es sind nicht alle übereignet, oder wenn das Grundstück, das auf Grund des Vertrages veräußert werden soll, nur teilweise übereignet ist, kann der Veräußerungsvertrag nicht seinem

1) RG. Bd. 56 S. 386; RG. Seuff. A. Bd. 62 S. 232; OLG. Frankfurt in Recht 1906 S. 1133 Nr. 2580; Warneyer 5. Ergänzungsbd. S. 284 Nr. 247; das. 6. Ergänzungsbd. S. 369 Nr. 309; Planck-Siber S. 344; Schollmeyer Bd. I S. 168 Nr. 2a; Oertmann Bd. II S. 171 Nr. 7b; Enneccerus-Kipp-Wolff Bd. I, 2 S. 70 § 252 Anm. 14; Oberneck Bd. I § 52 S. 390; Matthiass S. 209; Baer S. 70; Bett S. 85; Staudinger Bd. II, 1 S. 246 Nr. 5c; vgl. Dernburg Bd. III S. 316 § 90 Anm. 17. Für Gültigkeit des ganzen Vertrages schon nach der Übereignung nur des einen Grundstückes: OLG. Kiel in Rechtspr. Bd. 8 S. 36; Rehbein Bd. II S. 162.

ganzen Inhalte nach Gültigkeit erlangt haben[1]), denn damit wären rechtliche Verpflichtungen zur Übertragung der noch nicht übereigneten Grundflächen begründet. Soweit das Grundeigentum übertragen ist, kann aber die Heilung eingetreten sein, hierbei kommt es ganz auf den Willen der Parteien an[2]). Ist anzunehmen, daß die Parteien die Übertragung für sich bestehen lassen wollen, ohne Rücksicht darauf zu nehmen, ob das noch nicht übereignete Areal übereignet werden wird oder nicht, dann hat der Vertrag gemäß § 139 BGB. soweit Gültigkeit erlangt, als das Eigentum übertragen worden ist. Geht dagegen die Absicht der Parteien dahin, den Vertrag im ganzen aufrecht zu erhalten, dann ist auch hinsichtlich der bereits übereigneten Grundfläche der Vertrag nicht geheilt. Genau wie beim Tausch ist auch bei der Veräußerung mehrerer Flächen immer daran festzuhalten, daß mit dem Eintritt der Heilung keine Verpflichtung zu weiteren Übereignungen entstehen darf. Beim Tausch kann des-

1) Für die Gültigkeit des ganzen Vertrages: Dernburg Bd. III S. 316 § 190 Anm. 16 (1908).

2) Ebenso OLG. Posen in Rechtspr. Bd. 6 S. 43; Oertmann Bd. II S. 170 Nr. 7b a; Planck-Siber S. 343; Cosack Bd. I S. 377 Nr. 3; Staudinger Bd. II S. 246 Nr. 5c; Dernburg Bd. II, 1 S. 209 § 80 Anm. 28 (1909); RG. in Gruchot 50, 940; OLG. Posen in Seuff. A. Bd. 58 S. 390; Baer S. 68; Bett S. 85.

Für die Ungültigkeit des ganzen Vertrages: RG. Bd. 56 S. 386; OLG. Stettin in Rechtspr. Bd. 3 S. 93; Rehbein Bd. II S. 162; Oberneck Bd. I S. 390; Brettner in Recht 1901 S. 489; Turnau-Förster Bd. I S. 429; Schollmeyer Bd. I S. 168 Nr. 2a; Crome Bd. II S. 163; Gutbrod S. 112; Kracht S. 48; Tochtermann; S. 64.

halb nie mit der einseitigen Übertragung des Grundeigentums insoweit Heilung eintreten, denn die synallagmatische Natur dieses Rechtsgeschäftes läßt es nicht zu, daß die Erfüllung von seiten der einen Partei Bestand habe, ohne daß die Gegenpartei ihrerseits zur Erfüllung verpflichtet wäre. Beim Verkauf mehrerer Grundstücke aber ist es möglich, daß die Parteien, wenn sie nicht alle Grundstücke übereignet haben, unter Absehen der Frage, was mit den Flächen geschieht, deren Eigentum noch nicht auf den Erwerber übergegangen ist, ob deren Übertragung noch vollzogen werden wird oder nicht, soweit die Übereignung bereits stattgefunden hat, den Vertrag erfüllen wollen.

Die Tatsache, daß keine Verpflichtung zur Übertragung von Grundeigentum mit der Heilung des Vertrages entstehen darf, ist auch für den Fall von Bedeutung, daß der Vertrag eine Bestimmung enthält, der Erwerber habe an einen Dritten weiter zu veräußern, oder eine Bestimmung, der Erwerber habe das erworbene Grundstück an den Veräußerer zurück zu übereignen.

Turnau-Förster[1]) unterscheidet, ob das Grundstück, zu dessen Weiterveräußerung eine Verpflichtung begründet sein soll, dasselbe Grundstück ist, welches übereignet

1) Turnau-Förster Bd. I S. 427 Nr. 2d; ebenso RG. in Gruchot Bd. 50 S. 942; Seuff. A. Bd. 59 Nr. 194; Warneyer 2. Erg.-Bd. S. 123 Nr. 132; RG. Bd. 57 S. 164 (J. W. 1904 S. 197 Nr. 5); OLG. Celle in Rechtspr. Bd. 16 S. 364; OLG. Braunschweig das. Bd. 23 S. 5; J. W. 1909 S. 15 Nr. 8; Oberneck Bd. I S. 391; Baer S. 75; Bett S. 90.

wurde, bzw. ein Teil desselben oder ein anderes Grundstück. Im ersten Falle trete Heilung ein, die vertragliche Bestimmung, welche die Weiterveräußerung zum Inhalt hat, werde gültig; denn mit der Übertragung des Grundstückes werde der auf dieses Grundstück gerichtete Veräußerungsvertrag seinem ganzen Inhalte nach gültig. Dieser Ansicht kann nicht beigestimmt werden[1]), es kann nicht zugegeben werden, daß in jedem Falle die vollzogene Übereignung eine Verpflichtung zu weiteren Übereignungen begründen kann unter der alleinigen Voraussetzung, daß es sich beide Male um dasselbe Grundstück handelt. Auf formlose Weiter- und Rückveräußerungen muß genau wie auf jede andere Veräußerung die Schutzvorschrift des § 313 Satz 1 BGB. Anwendung finden, bis diese Übertragungen selbst vorgenommen sind, auch hier darf nicht eine Verpflichtung zu Übereignungen begründet werden. Der Veräußerungsvertrag ist erst geheilt, wenn er durch Auflassung und Umschreibung erfüllt ist, soweit er überhaupt auf diese Weise zu erfüllen ist, das bedeutet hier, wenn auch die Weiterveräußerung stattgefunden hat; es sei denn, daß die Parteien auch ohne Rücksicht auf diese den Vertrag aufrecht erhalten wollen.

Eine Ausnahme von dem Prinzip, daß der Veräußerungsvertrag durch Auflassung erfüllt sein muß, soweit er so zu erfüllen ist, wird man aber in Fällen

1) Ebenso Planck-Siber S. 344; Dernburg Bd. III S. 316 § 90 Anm. 16; OLG. Jena in Recht 1906 S. 1133 Nr. 2579.

machen können, bei denen der der Verpflichtung zur Rückübereignung zugrunde liegende Tatbestand derart ist, daß dem Erwerber eines Grundstückes eine nicht mit verkaufte Parzelle zur Erleichterung ihrer pfandfreien Abschreibung mit übereignet ist und diese Parzelle nach ihrer Pfandentlassung an den Veräußerer zurückübereignet werden soll[1]). In diesem Falle sollte der Erwerber die Parzelle nie erhalten, ihre zweimalige Übereignung ist ein durch rein praktische Erwägungen gerechtfertigter Umstand. Hier und in ähnlichen Fällen, bei denen der Erwerber mehr erhält, als er erhalten soll, und die weitere Veräußerung den Ausgleich zu schaffen bestimmt ist, wird angenommen werden können, daß der Veräußerungsvertrag einschließlich der Verpflichtung zur Weiter- oder Rückübertragung von Grundeigentum gültig geworden ist, sobald die Übereignung vom Veräußerer an den Erwerber stattgefunden hat[2]).

Verschieden zu beurteilen ist die Wirkung, welche eine falsche Bezeichnung des Grundstückes auf den Eintritt der Heilung hat. Eine falsche Eintragung in das Grundbuch ist stets nichtig[3]), dem Falle, daß die

1) Dieser Tatbestand lag der in Seuff. A. Bd. 59 Nr. 194 veröffentlichten Entscheidung des Reichsgerichts zugrunde. Das Reichsgericht entschied ebenfalls für den rechtlichen Bestand der Verpflichtung zur Rückübertragung, begründete ihn aber damit, daß die Parzelle ein Teil der übereigneten Fläche wäre und somit die Identität der Objekte gewahrt sei.

2) Ebenso Planck-Siber S. 344/45.

3) Vgl. RG. Bd. 60 S. 338; Dernburg Bd. II, 1 S. 209 § 80 Anm. 28; Turnau-Förster Bd. I S. 431.

Übertragung eines anderen als des veräußerten Grundstückes eingetragen ist, steht völlig der gleich, daß das veräußerte Grundstück auf einem falschen Grundbuchblatt eingetragen ist. Die Eintragung ins Grundbuch ist ein rein äußerlicher Akt, der die Verwirklichung des Willens der Parteien darstellt; deshalb muß die Eintragung aber auch dem Willen der Parteien entsprechen, muß unbedingt mit ihm genau übereinstimmen, wenn anders sie gültig sein soll. Die richtige, d. h. dem Parteiwillen gemäße Eintragung ist die Voraussetzung jeder auf ein Grundstück bezüglichen Rechtsänderung, soweit diese auf einem Rechtsgeschäft beruht, eine falsche Eintragung ist völlig wirkungslos. Die falsche Bezeichnung des Grundstückes bei der Auflassung macht die Auflassung nicht nichtig. Die Auflassung wird aus Willenserklärungen der Parteien gebildet, welche der Auslegungsregel des § 133 BGB. unterliegen und bedarf daher einfach der Richtigstellung.

§ 7.

Zeitpunkt der Heilung.

Der Vertrag wird gültig, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen, der Vertrag ist also, da bei der Veräußerung eines Grundstückes die Einigung der Eintragung gemäß § 20 GBO. stets voranzugehen hat, erst nach erfolgter Eintragung gültig. Nach § 10 des Preußischen Gesetzes über den Eigentumserwerb und die dingliche Belastung der Grund-

stücke, Bergwerke und selbständigen Gerechtigkeiten vom 5. Mai 1872 erfolgte die Heilung schon mit der Auflassung. Die verschiedene Regelung des früheren und des heutigen Rechtes ist damit zu erklären, daß nach der Preußischen Grundbuchordnung vom 5. Mai 1872 § 48 Abs. 3 die Eintragung der Auflassung unmittelbar zu folgen hatte, und infolgedessen die Bestimmung, daß der Vertrag erst mit der Eintragung gültig werde, überflüssig war, während nach heutigem Recht die Eintragung sich nicht an die Auflassung unmittelbar anzuschließen braucht.

Sind Auflassung und Eintragung in dem Umfange gültig erfolgt, wie ihn der formlose Veräußerungsvertrag bestimmt, ist der Vertrag geheilt. In der Literatur ist nun die Frage umstritten, ob die Heilung rückwirkende Kraft hat oder nicht. Die Mehrzahl der Schriftsteller[1]) nimmt Heilung ex nunc an und zwar mit Ausnahme von Baer, trotzdem der Vertrag erst nach der Eintragung in das Grundbuch gültig ist, bereits vom Zeitpunkt der Auflassung an, da die Beteiligten an sie gemäß § 873 Abs. 2 BGB. gebunden sind und auch bezüglich des Inhaltes des Veräußerungsvertrages der Rechtszustand zur Zeit der Auflassung maßgebend ist. Die andere Ansicht geht dahin, daß die Wirkung

1) Planck-Flad-Knoke-Strecker S. 366; Planck-Siber S. 346 Nr. 6b; Oertmann Bd. II S. 171 Nr. 7f; Oberneck Bd. I S. 392; Turnau-Förster Bd. I S. 424; Hachenburg S. 92; Baer S. 59; Bett S. 92ff.; Kracht S. 45; Staub S. 38; Voigt S. 52; Gutbrod S. 116; RG. Bd. 75 S. 115; OLG. Kiel in Rechtsspr. Bd. 20 S. 141.

der Heilung auf die Zeit des Vertragsschlusses zurückzubeziehen sei, aber wichtige Gründe sprechen gegen sie[1]). Vor allem der Wortlaut des § 313 Satz 2 BGB. selbst läßt sich dagegen anführen; es heißt der Vertrag wird gültig. Daraus ist zu schließen, daß der Gesetzgeber eine Rückbeziehung der Heilung nicht gewollt hat. Wenn das Gesetz aus dem Wortlaut die Rückwirkung hätte erkennen lassen wollen, so würde § 313 Satz 2 BGB. lauten: „Ein ohne Beobachtung dieser Form geschlossener Vertrag ist seinem ganzen Inhalt nach als von Anfang an gültig anzusehen, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen"; denn so drückt sich das Gesetz bei der Anfechtung § 142 BGB. aus, durch welche dem gültigen Rechtsgeschäft, weil es nach dem Begriff der Nichtigkeit nicht anders möglich ist, mit rückwirkender Kraft die Gültigkeit entzogen wird.

Auch § 184 BGB. ist ein Beweis dafür, daß die Heilung keine Wirkung ex tunc hat; denn in § 184. der wie § 313 einen Fall der Konvaleszenz — allerdings eines unwirksamen Rechtsgeschäftes — enthält, wird ausdrücklich angeordnet, daß die heilende Tatsache auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäftes zurückwirkt, und der Gesetzgeber hätte, wenn er Rückwirkung auch im § 313 gewollt hätte, dies wohl ebenso ausdrücklich ausgesprochen. Baer[2]) weist

1) Vgl. RG. Bd. 75 S. 115.
2) Baer S. 60.

darauf hin, daß auch das historische Moment gegen die Rückwirkung der Heilung spricht. Betreffs § 10 des Preußischen Eigentumerwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872 hat die Rechtsprechung der oberen Gerichtshöfe[1]) an dem Grundsatz festgehalten, daß bei Liegenschaftsveräußerungen die Heilung durch die Auflassung der rückwirkenden Kraft entbehre. Baer sagt zutreffend, wenn das Gesetz an diesem Grundsatze etwas hätte ändern wollen, so hätte dieser entgegengesetzte Standpunkt in den Materialien oder im Gesetz selbst seinen Ausdruck gefunden.

Trotz des Mangels einer diesbezüglichen Bestimmung des Gesetzes und trotz dieser Gründe, die gegen die rückwirkende Kraft der Heilung sprechen, wird aber diese Ansicht von Enneccerus[2]), Planck[3]), Staudinger[4]) und Reichel[5]) mit der Begründung vertreten, daß die Heilung wie die Bestätigung wirke. Selbst wenn die Heilung als eine Analogie zur Bestätigung angesehen werden könnte, würde daraus niemals der Schluß gezogen werden können, daß die Heilung rückwirkende Kraft habe, denn die Bestätigung selbst wirkt

1) RG. bei Gruchot Bd. 29 S. 388; vgl. auch Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts 1887 S. 469 Anm. 67.

2) Enneccerus-Kipp-Wolff Bd. I, 2 S. 70; Enneccerus-Lehmann Bd. I S. 436.

3) Planck 3. Aufl. Bd. II S. 128. Nr. 4 zu § 313; in der 4. Aufl. vertritt Siber S. 346 Nr. 6b die entgegengesetzte Meinung.

4) Staudinger Bd. II 1 S. 246 Nr 5 zu § 313.

5) Reichel S. 20.

gar nicht zurück. Das Reichsgericht ist selbst der Meinung, daß die Heilung der Bestätigung eines nichtigen Geschäftes gleichzusetzen sei, dementsprechend aber führt es richtig aus[1]: „Schon aus dem Wortlaut des § 141 BGB., der die Bestätigung für eine Wiederholung des Vertrages in gesetzlicher Form erklärt, folgt, daß erst von der Heilungstatsache an, nicht rückwirkend der Vertrag gültig wird.“ Die Bestätigung ist Neuvornahme des nichtigen Geschäftes, das nichtige Geschäft bleibt nichtig, ein gültiges Rechtsgeschäft entsteht erst mit dem neuen Geschäft. Weil das neue Geschäft mit dem nichtigen inhaltlich völlig übereinstimmt und die Parteien von Bestätigung desselben sprechen, interpretiert das Gesetz ihren Willen dahin, daß sie die Rechtslage unter sich so ordnen wollen, als wenn das neue Geschäft von der Zeit an gültig wäre, zu welcher sie den nichtigen Vertrag schlossen, und deshalb sind sie im Zweifel, d. h. wenn nicht die gegenteilige Absicht der Parteien ersichtlich ist, verpflichtet, einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn der Vertrag von Anfang an gültig gewesen wäre. Diese Wirkung der Bestätigung als Rückwirkung anzusprechen, ist nicht möglich, § 141 Abs. 2 BGB. ist gerade im Gegenteil eine im Interesse der Parteien deswegen gegebene Bestimmung, weil keine Rückwirkung eintritt.

1) RG. Bd. 75 S. 115.

Rehbein[1]), Behrend[2]), Schollmeyer[3]), Tochtermann[4]), Grabow[5]), Leonhard[6]) sind aus allgemeinen rechtspolitischen Gesichtspunkten für Wirkung ex tunc. Leonhard gibt als Grund überhaupt nur an, „weil die Heilung sonst unvollkommen ist", Schollmeyer meint, der Grundsatz von Treu und Glauben erheische Rückziehung der Heilung, die Rückwirkung sei im Sinne der Parteien, welche durch Auflassung und Eintragung den obligatorischen Vertrag erfüllt hätten und daher alles verlangen könnten, was ihnen nach dem Vertrage zustehe. Gutbrod[7]), Kracht[8]) und Staub[9]) haben bereits darauf hingewiesen, daß es, um zu diesem Ziele zu gelangen, nicht der Unterstellung der rückwirkenden Kraft der Heilung bedarf. § 313 Satz 2 BGB. läßt den Vertrag seinem ganzen Inhalte nach gültig werden. Daraus folgt schon, daß die Parteien zur Erfüllung der Vereinbarungen, die sie in dem Vertrage eingegangen sind, verpflichtet sind und zwar nicht nur wie bei der Bestätigung nur in dubio, sondern unter allen Umständen. Eine sinngemäße Anwendung der Auslegungsregel des § 141 Satz 2 BGB., wie sie Turnau-Förster und Baer

1) Rehbein Bd. II S. 163.
2) Behrend bei Gruchot Bd. 31 S. 457.
3) Schollmeyer Bd. I S. 169 Nr. 3 zu § 313.
4) Tochtermann S. 61.
5) Grabow S. 68.
6) Eck-Leonhard Bd. I S. 296 Anm. 1.
7) Gutbrod S. 123.
8) Kracht S. 57.
9) Staub S. 88.

empfehlen, ist nicht nötig, § 313 Satz 2 BGB. selbst sagt, wie es mit den Parteivereinbarungen zu halten ist.

Die Ansicht, daß die Heilung rückwirkende Kraft hat, kann also nicht aufrecht erhalten werden. Die Rückwirkung aus der Analogie zur Bestätigung zu schließen, geht nicht an, selbst die Anhänger der Theorie, daß die Heilung wie eine Bestätigung des nichtigen Geschäftes aufzufassen sei, können daraus nicht die Rückwirkung folgern. Rückwirkung aber anzunehmen, damit die Parteien alles erhalten, was im Veräußerungsvertrag bestimmt ist, ist überflüssig, weil sie es auch ohnedies erhalten.

Von Bedeutung ist die Tatsache, daß die Wirkung der Heilung ex nunc beginnt, dafür, daß eine Pfändung des Anspruches auf den Kaufpreis vor erfolgter Eigentumsübertragung auch nach dieser nichtig bleibt, da keine Forderung bestand.

Wenn auf Grund eines formlosen Kaufvertrages das Grundstück schon vor der Übereignung tradiert war, ist deren heilende Wirkung bezüglich des Zeitpunktes des Gefahrüberganges entscheidend. § 446 Absatz 1 Satz 1 BGB. lautet:

> „Mit der Übergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Unterganges und der zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über."

Abweichend vom gemeinen Recht und zwar unter Beobachtung des Grundsatzes, daß bei allen gegenseitigen Verträgen der Schuldner bis zur Erfüllung die Gefahr

zu tragen hat[1]), wird also der Übergang der Gefahr auf den Zeitpunkt hinausgeschoben, in welchem der Besitz an der gekauften Sache dem Erwerber übergeben wird. Diese Übergabe, welche den Gefahrübergang mit sich bringt, stellt die Übergabe der verkauften Sache dar, hat also einen gültigen Kaufvertrag zur Voraussetzung, in dessen Erfüllung sie vorgenommen wird. Übergabe eines Grundstückes vor der Auflassung und Eintragung ist aber nicht Übergabe der verkauften Sache, wenn der Veräußerungsvertrag nichtig ist. Hier ist die Rechtslage die, daß der Kaufvertrag erst gültig ist, wenn Auflassung und Eintragung ins Grundbuch erfolgt sind. Wäre nun Rückwirkung anzunehmen, so würde § 446 Absatz 1 Satz 1 BGB. anzuwenden sein. Da der Kaufvertrag seit der Zeit seiner tatsächlichen Errichtung als gültig anzusehen wäre, würde die Gefahr mit dem Zeitpunkt der Übergabe als übergegangen anzusehen sein. Bei der Wirkung der Heilung ex nunc fällt die Zeit, zu der der Kaufvertrag als errichtet gilt, mit der der Übereignung des Grundstückes zusammen. Zu dieser Zeit ist der Kaufgegenstand bereits im Besitz des Erwerbers, § 446 BGB. kommt daher hier gar nicht in Betracht, denn er behandelt nur den Fall, daß die Besitzübergabe dem Vertragsschlusse zeitlich nachfolgt, und besagt, dann geht die Gefahr des zufälligen Unterganges und der zufälligen Verschlechterung nicht schon

1) Mot. Bd. II S. 205.

mit dem Abschluß des Vertrages, sondern erst mit der Übergabe der verkauften Sache über. Anderenfalls aber und so hier findet der Übergang der Gefahr zur Zeit des Vertragsschlusses statt.

Der Zustand, für den der Verkäufer Gewähr zu leisten hat, ist nach § 459 BGB. der zur Zeit des Gefahrüberganges. Der für diesen Zustand maßgebende Zeitpunkt wird daher, wie die Zeit des Gefahrüberganges, je nach der Ansicht über den zeitlichen Eintritt der Wirkung der Heilung verschieden festgelegt.

Am größten ist aber die Meinungsverschiedenheit betreffs des Zeitpunktes, in welchem die Verjährung des Gewährleistungsanspruches wegen Mängel der Sache zu laufen beginnt, hier sind auch die Anhänger der Theorie von der rückwirkenden Kraft der Heilung, soweit sie sich überhaupt damit befassen, untereinander verschiedener Ansicht[1]). Staudinger, Planck und Grabow sehen, um trotz der ihrer Ansicht nach ex tunc eintretenden Wirkung der Heilung den Beginn der Verjährungsfrist auf den Zeitpunkt der Auflassung verlegen zu können, in der Auflassung ein vertragsmäßiges Anerkenntnis aller durch den Vertrag begründeten Ansprüche gemäß § 222 Abs. II Satz 2 BGB., so daß diese, selbst wenn sie verjährt waren, wieder geltend gemacht

1) Für den Beginn der Verjährungsfrist ex nunc: Staudinger Bd. II S. 246 Nr. V zu § 313; Planck 3. Aufl. Bd. II S. 128 Nr. 4 zu § 313; Grabow S. 68. Für den Beginn der Verjährungsfrist ex tunc: Schollmeyer Bd. II S. 169 Nr. 3 zu § 313; Behrend bei Gruchot Bd. 31 S. 457; Tochtermann S. 61.

werden können. Auch ohne diese Unterstellung müßte aber der Beginn der Verjährung bei Heilung ex tunc genau wie bei der Heilung ex nunc auf den Zeitpunkt der Übertragung des Eigentums und zwar genauer der Eintragung ins Grundbuch hinausgeschoben werden. Die hierbei maßgebenden Grundsätze hat das Reichsgericht in einem Urteil des V. Zivilsenats vom 28. Februar 1907 [1]) in ausgezeichneter Weise niedergelegt.

Hat die Übergabe stattgefunden bevor ein gültiger Kaufvertrag vorlag, beginnt die Verjährung des Gewährleistungsanspruches erst mit dem Abschluß dieses Vertrages. Dies ergibt sich aus § 198 Satz 1 BGB.: „Die Verjährung beginnt mit der Entstehung des Anspruchs." Dieser Paragraph aus dem Allgemeinen Teil des Gesetzbuches bestimmt den frühesten und damit zugleich den regelmäßigen Beginn der Verjährungsfrist jedes Anspruches und findet auch beim Gewährleistungsanspruch Anwendung. Denn die spezielle Vorschrift des § 477 Absatz 1 Satz 1 BGB. regelt nur für den Fall, daß die Übergabe dem Abschluß des Kaufvertrages nachfolgt, den Beginn der Verjährungsfrist dieses Anspruches dahin, daß diese Frist dann nicht schon gemäß § 198 BGB. von der Entstehung des Anspruches, also dem Vertragsschlusse, sondern erst von dem späteren Zeitpunkt der Übergabe an läuft. Voraussetzung der „Über-

1) RG. Bd. 65 S. 245, vgl. auch RG. Bd. 75 S. 115 und für das frühere Recht (Allgem. Landr. und Eig. Erw. Ges.) RG. bei Gruchot Bd. 29 S. 389.

gabe" des § 477 BGB. ist also wie in den §§ 446 und 459 BGB., daß sie die Übergabe der verkauften Sache bildet.

Liegt daher ein formloser Grundstücksveräußerungsvertrag vor, und das Grundstück ist dem Erwerber schon vor der heilenden Übertragung des Eigentums übergeben worden, beginnt die Verjährung des Gewährleistungsanspruches erst in dem späteren Zeitpunkt der Eintragung ins Grundbuch, denn erst dann ist der Anspruch entstanden, da erst von diesem Zeitpunkt an der Veräußerungsvertrag gültig ist und somit als errichtet angesehen wird [1]).

Die Verteidiger der Rückwirkung behandeln den Veräußerungsvertrag so, als wenn er schon zur Zeit seiner Vornahme abgeschlossen worden ist. Trotzdem griffe auch dann § 477 BGB. nicht Platz, der Beginn der Verjährung wäre nicht von der Übergabe an zu rechnen. Wenn es auch so angesehen werden müßte, als ob der Gewährleistungsanspruch zur Zeit der Übergabe schon erzeugt wäre, da fingiert würde, es hätte, als sie erfolgte, schon ein gültiger Veräußerungsvertrag vorgelegen, könnte diese Fiktion auf den Beginn der Frist keinen Einfluß haben. „Die Verjährung eines Anspruches erfordert, daß der Anspruch entstanden ist, also geltend gemacht werden konnte und nur während der bestimmten Frist nicht geltend gemacht worden ist [2])." Tatsächlich entstanden ist der Anspruch erst

1) RG. Bd. 75 S. 115.
2) RG. Bd. 65 S. 248.

mit der Eintragung; wenn seine Entstehung auch bei Annahme rückwirkender Kraft zurückdatiert wird, so hatte der Erwerber den Anspruch doch noch nicht vor der Eintragung, er konnte ihn noch nicht geltend machen. Davor muß die Rückwirkung Halt machen, das Vorliegen dieser Tatsache kann nicht auf dem Wege der Fiktion entgegen der Wirklichkeit in eine rückwärts liegende Zeit verlegt werden, das hieße, wie es in der zitierten Entscheidung des Reichsgerichts[1]) heißt, tatsächliche Unmöglichkeiten überwinden, die Zeitrechnung umstoßen. Auch wenn die Ansicht, daß die Heilung des § 313 Satz 2 BGB. rückwirkende Kraft hat, richtig sein könnte, hätte das also keinen Einfluß auf den Beginn der Gewährleistungsfrist.

§ 8.

Gegenstand der Heilung.

Der Vertrag wird seinem ganzen Inhalt nach gültig, sagt § 313 Satz 2; was zum ganzen Inhalt gehört, ergibt sich aus dem Umfang der Willensübereinstimmung der Parteien zur Zeit der Auflassung[2]). Das wird klar bei der Erwägung, daß der ganze Ver-

1) RG. Bd. 65 S. 248.

2) RG. Bd. 52 S. 4, Bd. 54 S. 109, Bd. 61 S. 251, Bd. 82 S. 415; J. W. 1910 S. 936 Nr. 6; Gruchot Bd. 48 S. 793, Bd. 51 S. 929, Bd. 57 S. 946; Recht 1907 S. 696 Nr. 1417; OLG. Dresden in Rechtspr. Bd. 12 S. 34; Planck-Siber S. 345; Oberneck Bd. I S. 389; Turnau-Förster Bd. I S. 425; Oertmann Bd. II S. 172; Dernburg Bd. II, 1 § 80 Anm. 27; Mot. Bd. II S. 190; Bett S. 89; Gutbrod S. 119; Reichel S. 17 hält irrtümlich noch Einverständnis zur Zeit der Eintragung für erforderlich.

tragsinhalt auch bei Vorliegen eines gültigen Vertrages sich nicht allein aus der Urkunde ergibt, sondern daneben durch den Umfang des übereinstimmenden Willens der Parteien bei Vornahme der Auflassung bestimmt wird, weshalb auch zu dieser selben Zeit erst endgültig ersichtlich ist, ob überhaupt ein gültiger Vertrag vorliegt oder nicht, selbst wenn ein gerichtlich oder notariell beurkundeter Vertrag geschlossen wurde. Denn bis zur Auflassung können die Parteien den gültigen Vertrag mit gegenseitigem Einverständnis in gewissem Umfange formlos und doch mit bindender Kraft ändern und ergänzen. Wie die Aufhebung des Vertrages formlos geschehen kann [1]). weil sie kein Vertrag ist, durch den eine Verpflichtung zur Übertragung von Grundstückseigentum begründet wird, braucht auch die Änderung des Vertrages nicht dem § 313 zu unterfallen, da nach § 305 BGB. die Änderung eine eigene Vertragsart ist [2]). Enneccerus [3]) bemerkt ausdrücklich, daß der Abänderungsvertrag der Formvorschrift für den begründenden Vertrag nur dann unterliegt, wenn er diejenigen Verpflichtungen, deretwegen die Formvorschrift besteht, verändert und nicht nur vermindert [4]). Müssen

1) RG. Bd. 65 S. 392; OLG. Dresden in Rechtspr. Bd. 4 S. 208; Gruchot Bd. 49 S. 893; Planck-Siber S. 342; Dernburg Bd. II, 1 S. 208 Anm. 20; OLG. Posen in Seuff. A. Bd. 57 S. 390 Nr. 207.

2) Planck-Siber S. 341; vgl. auch Bett S. 43.

3) Enneccerus-Kipp-Wolff Bd. I, 2 S. 105.

4) Anderer Ansicht ist freilich noch die Rechtsprechung. Da die Änderungen an die Stelle der ursprünglichen Vereinbarungen

aber formlose Änderungen als gültig angesehen werden können, so ist damit offensichtlich, daß zur Zeit der Auflassung nicht der ursprüngliche, formell niedergelegte Vertragsinhalt allein Inhalt des gültigen Veräußerungsvertrages zu sein braucht, sondern zu diesem Inhalt auch die formlosen vertraglichen Abänderungen gehören, welche gültig sind, weil sie der Formpflicht nicht unterliegen, und daher nicht erst geheilt zu werden brauchen; zum ganzen Inhalt des obligatorischen Vertrages gehören dann der, weil er dem § 313 BGB. unterfällt, formelle Teil und ein, weil er ihm nicht unterliegt, formloser Teil.

Wenn so der Inhalt des gültigen Veräußerungsvertrages durch den übereinstimmenden Willen der Parteien, wie er zur Zeit der Auflassung besteht, festgelegt wird, dann muß aber auch der ganze Inhalt eines geheilten Vertrages durch den Umfang des Einverständnisses der Parteien zur Zeit der Auflassung bestimmt werden, denn auch hier steht, was zum Inhalt des Vertrages gehört, bis zur Auflassung in der Hand der Parteien und wird auch hier durch ihren übereinstimmenden Willen bestimmt. Der Unterschied besteht

treten, könnten sie hinsichtlich der Form nicht anders beurteilt werden, als wenn sie sofort zu Bestandteilen des Vertrages gemacht worden wären. (RG. Bd. 51 S. 180, Bd. 65 S. 390; Warneyer 1. Erg.-Bd. S. 337/38 Nr. 448/49; das. 4. Erg.-Bd. S. 356 Nr. 318: OLG. Königsberg in Rechtspr. Bd. 4 S. 208 und Bd. 6 S. 40; OLG. Dresden Bd. 4 S. 207; OLG. Braunschweig das. Bd. 8 S. 25; OLG. Posen in Seuff. A. Bd. 57 S. 390 Nr. 207; OLG. Kassel das. Bd. 61 S. 267 Nr. 151. Ebenso Staudinger Bd. II, 1 S. 225 Nr. II, 1; Gutbrod S. 99; Baer S. 45; Voigt S. 29.)

nur darin, daß jede Partei von den Bestimmungen des nichtigen Vertrages, bei Vorliegen eines gültigen formellen Vertrages nur von den obwohl formpflichtigen, dennoch der Form ermangelnden und deshalb nichtigen Abreden jederzeit abgehen kann; denn da sie nichtig sind, wird durch sie keine Bindung der Parteien erzeugt[1]; auf diese Weise erreichen ja gerade die Formvorschriften ihren Zweck, den Schutz der Parteien. Leonhards Frage[2], ob nicht für das heilbar formlose Geschäft des § 313 BGB. dasselbe gelten sollte wie für die gültigen Verträge, bei denen es doch, wenn sie einmal abgeschlossen sind, völlig gleichgültig ist, ob hinterher der einen Partei das Geschäft nicht mehr gefällt, also die Willensübereinstimmung aufhört. diese Frage ist mit einem entschiedenen Nein zu beantworten, weil es nach dem Begriff der Nichtigkeit, Negation der rechtlichen Existenz, unmöglich ist, daß ein nichtiges Geschäft Bindung der Parteien erzeugt; zutreffend sagt Hellmann[3]: „Was für die Welt der juristischen Wirklichkeit nicht vorhanden ist, das entbehrt jeglicher Bedeutung für dieselbe, ein Rechtsgeschäft solcher Art kann mithin die dem Rechtsgeschäft von realer juristischer Existenz zukommenden Rechtsfolgen nicht hervorbringen."

Die Annahme, daß nur die „durch den Wortlaut oder wenigstens durch den ausdehnend ausgelegten

1) Mot. Bd. II S. 191; RG. Bd. 52 S. 4, Bd. 54 S. 109.
2) Eck-Leonhard Bd. I S. 449.
3) Hellmann S. 113.

Sinn des § 313 BGB. gedeckten Änderungen“ [1]) der im § 313 BGB. vorgeschriebenen Form unterfallen, ist vollkommen dem Zweck der Formvorschrift, den Veräußerer zu schützen, entsprechend und genügend. Es sind zwei Gruppen Änderungen zu unterscheiden. Zunächst Änderungen, welche keine neue Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück in sich tragen, hierzu gehört auch teilweise Aufhebung des bereits formell eingegangenen Vertrages, z. B. Minderung der veräußerten Fläche. Diese Änderungen sind formlos gültig, bedürfen also keiner Heilung durch die Übertragung des Eigentums. Die zweite Gruppe wird gebildet durch Änderungen einschließlich Erweiterungen, welche nach ihrem Inhalt dem § 313 BGB. zu unterstellen sind, z. B. Erweiterung der veräußerten Fläche. Diese Änderungen sind nichtig, wenn sie formlos abgeschlossen werden. Außerdem ist hier zu unterscheiden: ist es der Wille der Parteien, daß der formelle Teil des Vertrages nicht ohne die nichtigen Änderungen gelten soll, ist er aufgehoben. Es liegt kein gültiger Vertrag mehr vor, der ganze Vertrag wird durch die nachfolgende Eigentumsübertragung geheilt. Soll der formelle Vertrag für sich bestehen bleiben, werden nur die nichtigen Nebenabreden geheilt.

Besonderer Erwähnung bedarf das Rücktrittsrecht des Veräußerers. Der Vertrag, durch den sich der eine Teil zum Erwerbe eines Grundstückes verpflichtet,

1) Planck-Siber S. 342 Nr. 5 b.

während für den Veräußerer ein Rücktrittsrecht bestellt wird, bedarf nicht der Form des § 313 BGB., denn er ist kein Vertrag, durch den eine Verpflichtung zur Grundstücksveräußerung begründet wird. Genau entsprechend unterfällt auch die Änderung eines Vertrages, welcher diese Verpflichtung enthält, dahingehend, daß für den Veräußerer ein Rücktrittsrecht bestellt wird, nicht dem Beurkundungszwange, sie ist formlos gültig. Diese Änderung bedeutet eine teilweise Aufhebung des Vertrages, die Verpflichtung zur Übertragung wird gestrichen, lediglich die Pflicht zum Erwerbe bleibt bestehen. Anders steht es um die Aufhebung des für den Veräußerer bestehenden Rücktrittsrechtes, denn durch sie wird die Veräußerungsverpflichtung begründet; die Aufhebung bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung oder sie ist nichtig. War der ursprünglich das Rücktrittsrecht des Veräußerers enthaltende Vertrag nicht beurkundet, was ja auch unnötig war, muß nun der gesamte Vertragsinhalt formell niedergelegt werden.[1])

§ 9.

§ 98 GBO.

Nach Reichsrecht kann die Übertragung des Grundstückseigentums selbständig oder als Erfüllung eines Veräußerungsvertrages geschehen. § 98 GBO. bestimmt jedoch:

„Durch Landesgesetz kann bestimmt werden, daß das

1) Vgl. betreffs des Rücktrittsrechts Siber S. 342 Nr. 5 b γ.

Grundbuchamt die Erklärung der Auflassung nur entgegenehmen soll, wenn die nach § 313 des Bürgerlichen Gesetzbuches erforderliche Urkunde vorgelegt wird.“ Baden [1]), Bayern [2]), Bremen [3]), Elsaß-Lothringen [4]), Reuß ä. L. [5]), Schaumburg-Lippe [6]) und Württemberg [7]) haben in ihrem Landesrecht diesen Vorbehalt berücksichtigt. Die Tragweite des § 98 GBO. äußert sich in diesen Staaten in der Weise, daß durch die Ausführungsbestimmungen die Möglichkeit genommen ist, die Übertragung von Grundeigentum selbständig vorzunehmen, auch über die Veräußerung der kleinsten Bodenfläche muß ein gerichtlich oder notariell beurkundeter Vertrag geschlossen werden. Der Beamte, welcher für die Beurkundung der Auflassungserklärungen zuständig ist, hat diese abzulehnen, wenn ihm nicht ein gültiger Veräußerungsvertrag vorgelegt wird. Denn der Vorbehalt des § 98 GBO. ist nicht so eng zu fassen, daß die Vorlegung des Vertrages nur verlangt werden kann, wenn ein solcher überhaupt aufgenommen worden ist [8]), vielmehr wird gerade die

1) Baden AG. GBO. vom 19. Juni 1899 § 23.
2) Bayern AG. GBO. vom 19. Juni 1899 Art. 12.
3) Bremen AG. GBO. vom 18. Juli 1899 § 9.
4) Elsaß-Lothringen AG. GBO. vom 6. November 1899 § 14.
5) Reuß ä. L. AG. GBO. vom 28. Oktober 1899 §§ 9/10.
6) Schaumburg-Lippe AG. GBO. vom 19. August 1899 § 12.
7) Württemberg AG. GBO. vom 28. Juli 1899 Art. 22.
8) Ebenso Turnau-Förster Bd. II S. 485; Schollmeyer S. 170; Hamm in 28. D. J.-T. Bd. III S. 32; Bett S. 84; a. A. Planck Bd. III S. 208; Staudinger Bd. II 1 S. 174.

formelle Aufnahme des Vertrages erzwungen, ein Zwang zur Schließung der Form des § 313 Satz 1 gerechter Verträge ausgeübt.

Für die Beweglichkeit des Verkehrs bedeutet dieser strenge Formalismus eine große Einschränkung; außerdem bringt er für den Käufer eine Erhöhung der Kosten mit sich, denn der Käufer hat gemäß § 449 BGB. sowohl die Kosten der Auflassung als auch die der Beurkundung des Veräußerungsvertrages zu tragen. Aufgewogen werden diese Nachteile, welche die unbedingte Beurkundung des Vertrages mit sich bringt, durch die Festlegung sämtlicher Vertragsbestimmungen, welche damit erreicht wird[1]; denn, wenn auch der Grundbuchbeamte kein Prüfungsrecht hat, ist doch anzunehmen, daß die Parteien, wenn sie zur Beurkundung gezwungen sind, diese vollständig vornehmen, die Vollständigkeit der Urkunde muß vermutet werden[2].

In den Staaten, die von dem Vorbehalt des § 98 GBO. Gebrauch gemacht haben, ist der § 313 Satz 2 BGB. so gut wie überflüssig geworden, seine Anwendbarkeit beschränkt sich auf den Fall, daß der Grundbuchbeamte die Vorschrift seines Staates nicht beobachtet hat, sondern die Auflassung vorgenommen hat, ohne sich den Veräußerungsvertag vorgelegt haben zu lassen. Da, wie die Worte „entgegennehmen soll“ im § 98 GBO.

---

1) Dorst, Verhandlungen des 26. D. J.-T. S. 26 schlug deshalb vor, die Bestimmung des § 98 GBO. zum Reichsrecht zu erheben.

2) RG. Bd. 52 S. 23.

zeigen, die landesrechtliche Bestimmung nur eine Ordnungsvorschrift ist, hat diese Nichtbeachtung Folgen nur für den Grundbuchbeamten, die Auflassung ist trotzdem gültig und die Eintragung muß vollzogen werden.

In Sachsen besteht eine Gesetzesbestimmung, welche auch ohne den Vorbehalt des § 98 GBO. in das Landesrecht hätte aufgenommen werden können. § 18 der Verordnung zur Ausführung der Grundbuchordnung vom 26. Juli 1899 [1]) lautet nämlich:

> „Ist über das einer Auflassung zugrunde liegende Rechtsgeschäft eine Urkunde errichtet, so soll das Grundbuchamt darauf hinwirken, daß die Urkunde von den Beteiligten in Urschrift oder in beglaubigter Abschrift zu den Grundakten gegeben wird. Die Anwendung von Zwangsmitteln ist ausgeschlossen."

Diese Bestimmung bezweckt, den Parteien den Beweis des Rechtsgeschäftes zu sichern, sie ist daher mehr eine Ausführung zu § 9 Abs. 2 GBO., nach welchem die über das der Eintragungsbewilligung zugrunde liegende Rechtsgeschäft errichtete Urkunde oder eine beglaubigte Abschrift dem Grundbuchamte zur Aufbewahrung gegeben werden kann, als eine Ausführung zu § 98 GBO. In Sachsen muß die Auflassung vorgenommen werden, auch wenn der Veräußerungsvertrag nicht vorgelegt wird, der Grundbuchrichter kann die Beurkundung der Auflassungserklärung keinesfalls verweigern.

1) Gesetz- und Verordnungsblatt für das Königreich Sachsen 1899 S. 264.

Preußen hat von dem Vorbehalt des § 98 GBO. keinen Gebrauch gemacht, aber auch hier ist das tatsächliche Vorlegen der Urkunde über den Veräußerungsvertrag nicht bedeutungslos. Nach dem Preußischen Stempelsteuergesetz vom 31. Juli 1895, Tarif Ziff. 8 Absatz 3 [1]) wird nämlich der Auflassungsstempel nicht erhoben, wenn die versteuerte oder wenigstens steuerpflichtige Urkunde über das Veräußerungsgeschäft vorgelegt wird. Als eine das Veräußerungsgeschäft enthaltende Urkunde wird aber nur eine solche angesehen, welche das Rechtsgeschäft so enthält, wie es unter den Beteiligten hinsichtlich des Wertes der Gegenleistung verabredet ist. Mit einer Ersparnis an Stempelkosten kann das Vorlegen der Veräußerungsurkunde auch nach Reichsrecht verbunden sein. Gemäß § 31 GBO. ist nämlich für den Fall, daß die Auflassungserklärungen vor dem Grundbuchamte durch Bevollmächtigte abgegeben werden, die Vollmacht stempelfrei, wenn das der Einigung zugrunde liegende Rechtsgeschäft von einem Notar beurkundet und die Vollmacht in der Urkunde enthalten ist.

1) Vgl. auch Bekanntmachung betr. die Ausführung des Stempelsteuergesetzes vom 13. Februar 1896 Ziff. 30.